

MICHEL TROPER

HUKUK FELSEFESİ

KÜLTÜR KİTAPLIĞI 111 | 2. BASKI

DOST

KÜLTÜR KİTAPLIĞI: 111

D

Michel Troper

Paris X-Nanterre Üniversitesi'nde profesör olan Michel Troper, özellikle hukuk kuramı alanında yaptığı araştırmalarla tanınır.

Troper, Michel
Hukuk Felsefesi
ISBN 978-975-298-455-4 / Türkçesi: Işık Ergüden
Ağustos 2019, Ankara, 128 sayfa

Kültür Kitaplığı: 111; Felsefe: 24

HUKUK FELSEFESİ

Michel Troper

DOST

ISBN 978-975-298-455-4

La philosophie du droit
Michel Troper

Birinci baskı, Aralık 2011, Ankara
İkinci baskı, Ağustos 2019, Ankara

Türkçesi, Işık Ergüden

Teknik hazırlık, Mehmet Dirican

Erdal Akalın - Dost Kitabevi / *Sertifika No:* 12386
Karanfil Sokak No: 11/4, Kızılay 06420 Ankara
Tel: (0.312) 435 93 70 • Faks: (0.312) 419 18 51
www.dostyayinevi.com • bilgi@dostyayinevi.com

Baskı, Pelin Ofset Ltd. Şti. / *Sertifika No:* 16157
İvedik Organize Sanayi Bölgesi, Matbaacılar Sitesi
1514. Sokak no: 28-30 Yenimahalle / Ankara
Tel: (0.312) 395 25 80-81 • Faks: (0.312) 395 25 84

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

Hukukun egemenliği altında yaşıyoruz: Çocuğu doğduğu an kaydettirmek gerekir, adı bazı kurallara uygun olarak verilir. Başka kurallar onu okula kaydettirmeyi gerektirir. En ufak bir şey satın aldığımızda ya da otobüse bindiğimizde, bunları bir sözleşme uyarınca yaparız. Hukuka göre evlenir, çalışır, tedavi görürüz. Bununla birlikte, hukukun her yerdeki bu varlığının bilincinde olsak ve kuralları uygulayabilir ya da üretebilir olsak da, hukuku tanımlamakta çoğu zaman güçlük çekeriz.

Peki ama tanımlamak niçin gereksin ki? Bir tanım arayışı –başka olgular için de geçerli olduğu gibi– hukukun doğası ya da özü üzerine bir spekülasyondan kaynaklanır. Ama aynı zamanda hukukçuların çalışması için de bu olmazsa olmazdır. Fizikçiler fiziği tanımlamaya ya da kimyacılar kimyayı tanımlamaya çabalamazken, hukukçuların bir hukuk tanımını vazgeçilmez gördüklerini çoğu zaman saptamışızdır. Bu durum, öncelikle, herhangi bir kuralı hukuk kuralı olarak saptamadan uygulayamıyor olmaktan kaynaklanır.

Hırsızın emriyle vergi tahsildarının emri arasındaki fark nedir? Her ikisi de bize kendisine para vermemizi em-

reder ve her iki durumda da reddetmek bizi nahoş sonuçlara maruz bırakabilir. Yine de hırsıza itaat etmeye zorunlu ve mecbur olduğumuzu, oysa ki vergi tahsildarına boyun eğmenin yükümlülüğümüz olduğunu söyleriz. Başka deyişle, vergi tahsildarına boyun eğme yükümlülüğünü, bir hukuk tanımına uygun olarak, hukuksal olarak nitelendiririz. Bu tanımda felsefi hiçbir yan yoktur. Neyin hukuksal olduğunun ve neyin –hırsızın buyruğu gibi– hukuk ihlali olduğunun ölçütlerini hukuk belirler.

Bununla birlikte, böyle bir bilgi hukukun doğası üzerine bize hiçbir şey söylememektedir. Bu ölçütlerin niçin benimsendiğini bilmediğimiz gibi, bu kurallar gerçekten zorunlu mudur, eğer zorunluysalar niçin zorunludurlar, bunu da bilmeyiz: Doğru olduklarından mı zorunludurlar, siyasal iktidardan kaynaklandıklarından mı, yoksa ihlal durumunda ceza içerdikleri için mi?

Neyin hukuksal olduğunu tanımlayan bu kuralların hukuksal olup olmadığını, hukuktan mı yoksa başka bir şeyden mi kaynaklandıklarını nasıl bileceğiz? Bu sorunun kendisi hukuksal değil, felsefidir. Hukukçu gerçekten de mesleği gereği hiçbir cevap öğesini elinde bulundurmaz. Zaten soru yalnızca hukuk felsefesini değil, başka disiplinleri de, örneğin ahlak felsefesini –hukuka uymanın iyi bir şey olduğunu eğer kabul ediyorsa–, tarihi ya da antropolojiyi de –belirli bir toplumun bir hukuk sistemine sahip olup olmadığı üzerinde düşündüğünde– ilgilendirmektedir.

Ama bu soru hukuksal olmasa da kimi zaman hukuka dair sonuçlar içermektedir. Bu fikir, gerçek bir durumdan esinlenen ve Antigone mitinin ters imgesi olarak görülen

şu örnekten yola çıkarak açıklanabilir. Nazi Almanyası'nda rejime düşman konuşmalar bir yasa gereği suç kabul edilmişti ve bu tür konuşmaları her işiten, yakınlar da dahil, ihbar etmekle görevliydi. Savaşın bitiminden sonra, bir kadın hakkında kocasını ihbar ettiği ve yakalanıp ölüme mahkûm edilip infaz edilmesinden sorumlu olduğu için kovuşturma açılır. Kadın mahkûm edilmeli midir?

Cevap yalnızca hukukun tanımına bağlıdır ve mahkemeler de sorunu yalnızca bu terimlerle ortaya koymuştur. Öncelikle şunu kabul etmek gerekir ki, ne rejime sadakate ne yasaya saygı iradesine bağlı olan ihbarın gerekçeleri ve kadına yönelik ahlaki yargımız ne olursa olsun, kadın o dönemde yürürlükteki yasaya uygun davranmaktan başka bir şey yapmamıştır. Dolayısıyla aklanması gerekir.

Ama Nazi yasasının son derece iğrenç olduğu, yani ahlakın kurucu ilkelerine aykırı olduğu, yasa adını taşımayı hak etmediği ve kesinlikle bir yasa olmadığı, dolayısıyla ihbarcının bu yasaya uyma yükümlülüğü asla olmadığı, hatta uymama yükümlülüğü olduğu bile ileri sürülebilir. Eğer Nazi yasası bir yasa değilse, kötüye kullanılan ihbarları cezalandıran önceki yasanın yerine geçemez. Dolayısıyla kadının mahkûm edilmesi gerekir.

Böylece yargıç, hukukun doğasına ilişkin kendi anlayışına uygun olarak herhangi bir yönde hüküm bildirebilir. Siyasal iktidarın hükme bağladığı bütün kuralları hukuk olarak adlandırabileceği gibi, yalnızca bir adalet idealini ihlal etmeyenleri böyle görmesi de mümkündür. Birinci tanım onu kadını aklamaya götürür; ikincisi mahkûm etmeye. Demek ki tanım yürürlükteki hukukta bulunmamakta, felsefi tercihlere bağlı kalmaktadır.

Bununla birlikte hukukçular, çalışmaları için, yalnızca bir hukuk tanımına değil, kuralların ifade edilmesinde kullanılan temel kavramların tanımına da bağımlıdırlar. Kuralların içeriği gerçekten de bu kuralları ortaya koyanların politik ve ahlaki tercihlerini ifade etmektedir. Avcılığı, kürtajı ya da intiharı yasaklayan veya bunlara izin veren bir yasa, hayvanlar, yaşam ya da kişinin kendi üzerindeki özgürlüğüne dair inançları yansıtmaktadır. Bu kavramlar doğrudan doğruya hukuksal değildir, çünkü hayvanlar, yaşam ya da intihar hukuk tarafından kurala bağlanabilir ama hukuktan bağımsız vardırlar. Bununla birlikte bazı yazarlar yasaların üzerinde doğal bir hukukun var olduğunu, insan aklının bunun bilgisine erişebileceğini ve bu doğal hukukun bu soruları yöneten adalet ilkeleri içerdiğini kabul ederler. Bu doğal hukuk, bu durumda, aileyle ya da kürtajla ilgili olabilecek bir hukuk felsefesinin konusudur. Bu hukuk felsefesinin normatif bir boyutu da olacaktır ve ortaya çıktığını sandığı adalet ilkelerine uygun kurallar benimsemesini yasa koyucuya buyuracaktır.

Ama doğal hukukun varlığını kabul etmeyenler bile, yasa koyucunun kullandığı kavramlar üzerine düşünmekten kaçamazlar; özellikle de bu kavramlar ancak hukukun içinde ve hukuk dolayısıyla var olan kurumları ilgilendirdiğinde. Bu kavramların kimileri hukuksal biçimi anayasa ya da sözleşme olarak ilgilendirir; evlilik ya da mülkiyet gibi kimileri ise, öz olarak. Sözleşme ya da mülkiyet üzerine yasalar bir ülkeden diğerine fazlasıyla değişir, ama her zaman vardır. Yargıçların kuralları uygulayabilmek için bilmesi gereken, sözleşmenin ya da mülkiyetin doğası üzerine fikirleri ifade ederler.

Bir hukuk kuralının varlığının onaylanması, genel bir hukuk tanımını, hukukun yapısı, hukuksal kavramlar üzerine genel bir tanımı, aynı zamanda da bu kuralın uygulanmasına ya da ona uygulanan uslamlamaların geçerliliğine erişmeyi sağlayan bir bilim anlayışını gerektirir. Bu varsayımlar genellikle bilinçdışıdır ya da yalnızca tek bir ülkenin hukuk bilgisini ve pratiğini temellendirirler ya da henüz birbiriyle uyumlu değildirler. Böylelikle zorunlu olarak mevcut bir hukuk felsefesi olduğu gibi, kendiliğinden olduğu kadar zımni de olan bir hukuk felsefesi de vardır.

Hukukun tanımı üzerine, adaletle ilişkisi, hukuk bilimi, sistemin yapısı ya da hukuksal akıl yürütme üzerine sistematik bir düşünmeyi belirtmek için çok geniş bir anlamda hukuk felsefesinden söz edilir. Bunlar birçok biçimde sunulabilir ve "hukuk felsefesi" başlığını taşıyan eserlerin ortak özelliği hukuk üzerine çok genel bir bakış açısı ortaya koymalarıdır. Bazıları doktrinleri ortaya koyar; başkaları ise ele alınan soruları. Birinci yaklaşımın avantajı, problemler bütünü üzerine bir düşüncenin tutarlılığını ortaya koymaktır, ama kusuru aynı soruna dair kanaat çeşitliliğini maskelemesidir. İkinci yöntemin avantajları ve kusurları ise tersinedir. Bununla birlikte, bu küçük kitabın temel iddiası hukuk üzerine felsefi tartışmanın nasıl cereyan ettiğini göstermek olduğundan, burada ikinci yol tutulacaktır. Yine de yol işaretleriyle belirlenmiş bir parkura davet etmemektedir, çünkü ele alınan sorunlara dair hazır hiçbir liste yoktur ve en önemli görülen birkaç yaklaşımla yetinilecektir. Bunlar, hukuk felsefesinin ve konusunun tanımıyla, hukuksal sistemin yapısıyla ve hukuktaki akıl yürütmelerle ilgili olanlardır.

I. Bölüm

HUKUK FELSEFESİ NEDİR?

"Hukuk felsefesi" deyiminin kullanımı on dokuzuncu yüzyıl başından itibaren, özellikle de Hegel'in *Hukuk Felsefesinin İlkeleri*'nin (1821) ardından yaygınlaştı, ama hukuk üzerine düşünmek hukukun kendisi kadar eskidir. Günümüzde bu adı taşıyan kitaplar, yalnızca doktriner bakış açısından değil, içerikleri bakımından da son derece çeşitlidir. Ne hukukun tanımı üzerine bir fikir birliği mevcuttur, ne hukuk felsefesinin tanımı üzerine; ne de bunun felsefenin bir kolu mu, yoksa hukuk bilimine mi dahil olduğu konusunda bir anlayış birliği vardır. Keza, ilgilenmesi gereken sorunlar listesi, işleyişleri, hatta kimilerinin "genel hukuk teorisi" ya da İngilizcede *general jurisprudence* demeyi tercih ettikleri "hukuk felsefesi" deyimi üzerinde de herhangi bir görüş birliği mevcut değildir. Bu terminolojik farklılıklar, hukukçuların hukuk felsefesi ile filozofların hukuk felsefesi arasındaki ya da doğal hukuk ile hukuksal pozitivizm arasındaki teorik ya da epistemolojik düzendeki başka karşıtlıkları kısmen

yansıtmaktadır. Disiplinin günümüzdeki durumunu incelemeden önce bunları tahlil etmek gerekir.

I. Hukuk Felsefesi ve Genel Hukuk Teorisi

"Genel hukuk teorisi" deyimi on dokuzuncu yüzyıl sonunda, pozitivizmin ve ampirizmin etkisi altında ve o zamana dek uygulanan hukuk felsefesine tepki olarak ortaya çıkmıştır. Genel hukuk teorisinin yandaşları, klasik hukuk teorisini tamamen spekülatif karakteri nedeniyle eleştirirler. Ele aldığı klasik sorular –"Hukuk nedir?" ya da "Adil ölçütler mevcut mudur?"– onlara tamamen metafizik mülahazalara yol açıyor gibi gözüküyor, oysa onlar bir bilim kurmak istiyorlardı. Hukuk felsefesi ideal bir hukuka yönelikken, genel hukuk teorisi hukuku mevcut haliyle, pozitif hukuk olarak ele almak istiyordu. Dolayısıyla, bir yandan hukuk felsefesi ile doğal hukuk doktrinleri arasında, diğer yandan genel hukuk teorisi ile hukuksal pozitivizm arasında bağlar vardı (bkz. *aşağıda*).

Genel hukuk teorisi, yirminci yüzyılın ilk yarısında, özellikle Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in (1881-1973) etkisi altında önemli bir yayılma gösterdi. Kelsen, "normativizm" olarak da adlandırılan "saf hukuk teorisi" adı altında hukuksal pozitivizmin yenilenmiş bir versiyonunu ortaya koyuyordu ve 1926 yılında, Duguit ve Weyr ile birlikte, adı gayet karakteristik olan bir dergi çıkarttı: *Uluslararası Hukuk Teorisi Dergisi.*

Bununla birlikte, İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde, adil bir hukukun temellerini yerleştirmesi ve devlet ikti-

darının bireyler üzerindeki sınırlarını sabitlemesi beklenen doğal hukuk doktrinleri özellikle Almanya'da yeniden ilgi görmeye başladı ve nispeten düşüş gösteren "hukuk felsefesi" deyimi eserlerin ya da üniversitelerdeki derslerin adlarında yeniden kullanıldı.

1950'li yıllarda İngiltere'de ve Amerika Birleşik Devletleri'nde analitik felsefenin gelişimiyle birlikte, hukuksal pozitivizme gösterilen ilgi ve "genel hukuk teorisi" deyiminin kullanımı yeniden arttı.

Günümüzde, kimileri hukuk felsefesini ve genel hukuk teorisini iki farklı disiplin gibi sunmaya devam etmektedir (Van Hoecke).[1] Hukuk felsefesi spekülatif ve normatif bir disiplindir ve şunları kapsar:

- demokrasi, devlet ya da şahıs gibi kimi kavramların ve hukukun özünü araştıran hukuksal bir ontoloji;
- bu özlerin bilinebilmesini sağlayacak olasılıkların incelenmesi olarak düşünülen hukuksal bir epistemoloji;
- hukukun amaçlarını belirlemeyi hedefleyen hukuksal bir erekbilim;
- hukuksal akıl yürütmeleri tahlil etmeye çalışan hukuksal bir mantık.

Genel hukuk teorisi ise, her türlü değer yargısından kurtulmuş olma iddiasıyla, bilimsel bir yöntem kullanımı sayesinde özellikle hukuku mevcut haliyle tanımlamayı ve tahlili hedefler. Hukuk felsefesinin yerini alacak değildir;

1) Parantez içinde belirtilen adlar kitabın sonundaki kaynakçaya gönderme yapmaktadır.

o varlığını sürdürecektir, ama daha yüksek bir soyutlama düzeyinde.

Bu ayrım mantıklıdır, ama "hukuk felsefesi" ve "genel hukuk teorisi" deyimlerinin fiili kullanımına denk düşmez. Uygulamada, bir eserin adı ile ele aldığı sorunların listesi arasında, içinde bulunduğu soyutlama düzeyi, kullandığı yöntem ya da bağlı bulunduğu doktrinel akım arasında bir bağlantı kurmak imkânsızdır. Daha sıklıkla, "genel hukuk teorisi"nin pozitivist bir yananlamı vardır, ama bu başlık altındaki eserlerin esasen spekülatif oldukları ve yazarlarının bir doğal hukuk savunucusu olması; oysa diğer bir eserin, tersine, pozitivist biri tarafından kaleme alınmış olsa bile, "hukuk felsefesi" adını taşıdığı vakidir. Dolayısıyla sağduyu bu deyimleri eşanlamlı görmeyi buyurmaktadır. Bir diğer terim çiftinin –"filozofların hukuk felsefesi" ile "hukukçuların hukuk felsefesi"– durumu ise aynı değildir.

II. Filozofların hukuk felsefesi ile hukukçuların hukuk felsefesi

Bu karşıtlık bir öncekini bütünüyle kapsamaz.

Filozofların hukuk felsefesi öncelikle uygulamalı bir felsefedir: Esasen, büyük felsefi doktrinlerin hukuk ve adalet sorunlarına aktarılmasından ibarettir. Dolayısıyla, ahlak felsefesi, bilimler felsefesi ya da politik felsefe gibi, şu ya da bu sıfatla hukuka bağlı kavramlara yönelik felsefe dallarından ayırt edilmesi güçtür.

Bu anlayış, yazarların ille de akademik alana dahil olmasını –filozof ya da hukukçu olabilirler– gerektirmez. Hukuk

felsefesinin doğal hukuktan tasarruf edemeyeceğini ve amacının, "hümanizmanın ve tümelin krizi nedeniyle [...], insan hakları kavramının gerektirdiği tümelliği köklü kılmak için eski insan doğasının bir benzerini bulmak" (Renaud ve Sosoe) olduğunu düşünenler tarafından savunulur.

Buna karşılık, pozitivist esinli yazarlar tarafından şiddetle eleştirilir; bir yandan, "hukuksal sorunların çözümü hukuksal deneyimde değil filozofların eserlerinde aranmalıdır" (Bobbio, "Philosophie du droit" makalesi, Arnaud, 1993) fikrine dayandığı için; diğer yandan hukukçular bu görüşte kendi uygulamalarının ve akıl yürütmelerinin en ufak izini bile bulamadıklarından felsefi düşünmeden vazgeçerler.

Bu aynı yazarlara göre, hukukçuların hukuk felsefesi, sentez üzerinde analize öncelik tanıdığından, hukuksal deneyimden yola çıktığından ve şematikleştirmeye ve genellemeye bir tepki olarak kendini gösterdiğinden filozofların hukuk felsefesinden ayrılır. Bununla birlikte, bakış açıları farklı olsa da içerikler benzerdir.

Örneğin, en iyi temsilcilerinden biri olan Norberto Bobbio'ya göre, hukukçuların hukuk felsefesi hukuk kavramına, adalet teorisine ve hukuk bilimi teorisine yöneliktir, ama özler üzerine spekülasyonda bulunmak yerine, hukuksal olgulardan yola çıkmayı tercih eder.

Hukukun özünü saptamaya çalışmaz; bunun yerine, özelliklerinin belirlenmeye çalışılacağı bir normlar karmaşası olarak hukuk olgusunu kavramayı sağlayacak bir hukuk kavramı oluşturmaya çalışır.

Adaletin durumu da aynıdır. Doğalcı felsefeler, doğru kurallarını çıkarmaya çalıştıkları bir insan doğası anlayı-

şından yola çıkarlarken, hukukçu filozoflar farklı hukuk sistemlerinde hukukun fiilen koruduğu değerleri aramalıdırlar.

Bilim teorisi için de aynı şey geçerlidir. Başka bilimlerin modeline göre bir hukuk bilimi inşa etmeye çalışmak ve matematiğin ya da fiziğin modelini hukuka aktarmak yerine, hukukçuların gerçekten kullandıkları akıl yürütme tarzlarını analiz etmek gerekir.

Hukukçuların hukuk felsefesi böylece hukuksal uygulamaların bir tanımı olarak kendini gösterir, soyutlama ve genelleme düzeyi yüksektir.

Bununla birlikte, pozitivist yönelimiyle tanımlandığında ise, genel hukuk teorisiyle karışmadığına dikkat etmek gerekir, çünkü hukuk teorisyenleri beride kalırlar ve bu programın ötesine geçerler. Adalete referansları eleştirmekle yetindiklerinde beride kalırlar ve Kelsen gibi, hukuksal içeriklere tam bir ilgisizlik sergilerler. Gerçek akıl yürütme tarzlarını tanımlamakla yetinmediklerinde, ama bilimler felsefesinin inşa ettiği modellere uygun bir hukuk biliminin ölçütlerini saptamaya çalıştıklarında ise öteye giderler.

Bununla birlikte, filozofların hukuk felsefesi ile hukukçuların hukuk felsefesinin karşıtlığı görecelileştirilmelidir. Bobbio'nun sunumu, hukukçuların hukuk felsefesinin indirgeneceği tanımın her türlü spekülasyondan arınmış olduğuna inandırabilir, oysa ki ister istemez bazı önyargılara dayanır ve seçimi genel felsefi yönelimlere bağlı olan kavramların kullanımını gerektirir. Hukuk elbette hukuksal normlardan oluşan bir sistem olarak tarif edilebilir, ama hukuksal normun olası birçok tanımı vardır. Örneğin ahlaka aykırı bir normun her şeyden önce mecburi bir hukuk-

sal norm olduğu ya da gerçek bir hukuksal norm olmadığı savı, nesnel ahlaki değerlerin varlığı ya da yokluğu üzerine ve onları bilme olasılığı üzerine bazı felsefi tezlere katılıma sıkı sıkıya bağlıdır. Aynı şekilde, hukuksal sistemin tarifi, (özellikle normların olgulara indirgenip indirgenemeyeceğini, olgulardan türeyip türemeyeceğini bilme, keza olgulardan tamamen bağımsız bir alana ait olup olmadıklarını bilme noktasında) norm ile olgu arasındaki ilişki üzerine tezlere bağlıdır.

Doğal hukuk savunucuları ile pozitivistlerin karşı karşıya gelmesi, özellikle bu akımlardan herhangi birine ait olmanın teorik soruların çoğuna verilen cevapları açıkladığı ve hatta yürürlükteki hukukun tanımlanabileceği tarzı desteklediği düşünüldüğü içindir.

III. Doğal hukuk ve hukuksal pozitivizm

Başka birçok karşıtlıkta olduğu gibi bu karşıtlıkta da böyledir: Kimi zaman temel bir özellik sunduğu düşünülür ve her yazar gruplardan birinde sınıflandırılabilir; kimi zaman ise, tersine, bu karşıtlık aşılmaya ve üçüncü bir yol aranmaya çalışılır. Gerçekte bir yazarın bir sınıfa alınması ölçütlerin tanımına ve tercihine bağlı olduğundan, her zaman için tartışmalıdır ve genellikle de tartışılmıştır. Genellikle pozitivizmin en önemli şahsiyetlerinden biri olarak kabul edilen Kelsen bile (başka pozitivistler tarafından) "kısmi-pozitivist", yani doğalcı olarak nitelenmiştir. Zaten, karşıtlığı aşma yönündeki teşebbüslerin başarısı ya da yenilgisi de benimsenen tanımlara bağlıdır.

Olası ölçütler gerçekte çok çeşitli olduğundan doğal hukukçuluklardan ve pozitivizmlerden çoğul olarak söz etmek tercih edilir.

1. Doğal hukukçuluklar. – Bu akımın yazarlarının en azından ortak bir özellikleri olduğu söylenebilir: İkicilik. Pozitivistler genel olarak tek bir hukuk olduğunu –pozitif hukuk– düşünseler de ya da en azından hukukçuların çalışmasının yalnızca pozitif hukuka, insanların ortaya koyduğu hukuka yönelik olabileceğini düşünseler de, doğal hukukçular pozitif hukuk ile doğal hukuk şeklinde iki ayrı hukuk olduğunu ve doğal hukukun bilinebilir olduğunu düşünürler. Dolayısıyla, pozitivizmle bir disimetriyi vurgulamak gerekir. Pozitivizm doğal hukukun varlığını inkâr ederken, doğal hukukçuluk pozitif hukukun varlığını kabul eder ama onun üzerinde pozitif hukukun uyması gereken doğal bir hukuk olduğunu da ileri sürer: Doğal hukuk ile pozitif hukuk bu durumda hiyerarşikleşmiştir.

Değişkenler esasen bu doğal hukukun niteliğini, yöneldiği kişileri, pozitif hukukla ilişkisini ve elbette ki içeriğini kapsamaktadır. Birinci noktada Michel Villey (1914-1988) klasik doğal hukuku, "doğal hukuk" teriminin ayrıldığı modern doğal hukukun karşısına çıkartıyordu. Klasik doğal hukuk doktrini, Aristoteles'ten esinlenen Roma hukuk biliminin doktrinidir. Hukuk kurallar bütünü değildir; bir şeydir. "Şey"den Villey'in anladığı, insanlar arasındaki doğru ilişkilerdir. Bu ilişkiler insanlar tarafından istenmiş ya da düşünülmüş değildir, ama gerçek bir yaşamları vardır. Hukuk doğru bir orandan ibarettir ve insanların iradi müdahalesinden bağımsız, uyumlu ve kendiliğinden bir

toplumsal düzen oluşturur. Tümevarım yoluyla bu doğal hukuku keşfedecek ve belirtici tarzı ifade edecek olan "bilim"dir (hukuk ilmi).

Modern doğal hukuk okulu, esasen nominalist felsefenin etkisi altında, tek gerçekliğin birey olduğunu ve her bir insanın, kendi doğası sayesinde, haklara sahip olduğunu öğreten okuldur. "Öznel" denen bu hakları, akıl yardımıyla, yalnızca insan doğasının incelenmesiyle keşfetmek mümkündür. Politik iktidar onları yaratmaz. Onun görevi bunları kabul etmektir ve insanlar bu hakları politik iktidara karşı öne çıkartabilirler. Doğal hukukçuluk böylelikle insan hakları doktrininin kaynağıdır.

Bu hukukun yöneldiği kişilerle ilgili olarak, doğal bir hukuku öncelikle yasa koyucuya yönelik tahayyül eden doktrinlerle bütün insanlara yönelik olduğunu düşünen doktrinler arasında ayrım yapılabilir. Birinci durumda, yasa koyucu doğal hukuk ilkelerinden esinlenmelidir, ama bunu yapmasa da, insanlar yine de itaat etmekle yükümlüdürler (Aziz Tommasso, *Teolojik Tümyapıt*, 1273). İkinci durumda, ya her türlü içerikten yoksun ve yalnızca yasa koyucunun meşruluğunun temelini oluşturan doğal bir hukuk düşünülebilir ki bu durumda uyruk yasa koyucunun buyruklarına itaat etmek zorundadır (Hobbes, *Leviathan*, 1651), ya da, tersine, insanların yasa koyucuya karşı çıkarak bile olsa değer verebilecekleri öznel haklar içeren bir doğal hukuk düşünülebilir (Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690).

Bu birinci ayrımdan, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ayrımın da ister istemez çeşitli olduğu sonucu çıkar. Ancak doğal hukuka bağlı olarak ortaya konabilen ve ister istemez doğal hukuka uyum sağlaması gereken pozitif

hukukun temelini doğal hukukun oluşturduğu durum hariç, doğal hukukçu doktrinlerin çoğu, doğal hukuku pozitif hukuku ölçmenin bir aracı yaparlar, ama iki hukuk arasındaki çelişkiden aynı sonuçları çıkarmazlar.

Kimi yazarlar pozitif hukukun, doğal hukukun tersine, hukuksal olmadığını, her uyruğun kendi aklıyla bu çelişkiyi saptayabileceğini ve hatta itaat etmeyi reddetme hakkının bile olduğunu düşünürler. Kimi durumlarda çatışma, global olarak düşünülen pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında işler ve ancak pozitif hukuk bütün olarak doğal hukukun belirgin ve hoşgörülemez bir ihlali olarak ortaya çıktığında uymamak gerekir, yoksa tek bir kural doğal hukuka ters olduğunda değil. Başka durumlarda, pozitif hukuk, bütün olarak, doğal hukuka uygun olsa bile, tek bir kurala itaatsizlik göstermeyi meşru kabul ederler. Başka yazarlar doğal hukuka aykırı kuralın hukuksal kaldığını, çünkü yasa olarak ortaya konduğunu, ama yargıcın bunu dikkate almama hakkı olduğunu düşünürler. Başkaları ise daha ılımlı bir tutum benimserler; bu tutuma göre doğal hukuk pozitif hukuka ne itaati ne de itaatsizliği buyurabilir. Pozitif hukuk var olan hukuktur; doğal hukuk ise olması gereken hukuktur ve çatışmanın tek işlevi pozitif hukuk üzerinde ahlaki ve politik bir yargıda bulunmayı sağlamaktır.

Doğal hukukun içeriğine gelince, bu, sonsuzca değişebilir, çünkü daima bir adalet idealine referansta bulunulur ve bu ideale dair anlayışlar da çok çeşitli ideolojilerden kaynaklanabilir. Dolayısıyla bir Hıristiyan doğal hukukuna olduğu kadar, nasyonal-sosyalist bir doğal hukuka da rastlanır.

Doğal hukukçuluk pozitivistlerin eleştirilerine hedef olur. Bu eleştirilerin belli başlıları etik bilişselliğin, yani nes-

nel ve bilinebilir değerlerin var olduğu tezinin reddi üzerinde temellenir. Pozitivistlerin çoğu, tersine, bu tür değerlerin var olmadığını düşünürler. Her koşulda ancak var olan bilinebilir ve Hume'ün gösterdiği gibi (*Traité de la nature humaine*, 1740), bu bilgiden bir olması gereken çıkartılamaz. Keza, eylemlerin doğru ya da yanlış diye adlandırılması, gerçekten de doğru ya da yanlış özelliklere sahip olmalarına değil, yalnızca bizim tercihlerimize bağlıdır. Demek ki adalet onlara göre yalnızca öznel, dolayısıyla nispi bir kavramdır.

2. Pozitivizmler. – Pozitivizmin kendisi de çok çeşitlidir. Norberto Bobbio'yu izleyerek bu kelimenin üç kullanımını ayırt edebiliriz. "Pozitivizm" derken, kimi zaman hukuk biliminin belli bir anlayışı belirtilir, kimi zaman bir hukuk teorisi, kimi zaman ise bir ideoloji. Pozitivizmin bu üç veçhesi arasında herhangi bir ilişki olması şart değildir. Bunun anlamı, bir yazarın birinci veçheden bakıldığında pozitivist olabileceği, ama ikinci ve üçüncü veçhelerden olmayabileceğidir (ve de tersi). Örneğin hukuk felsefesinin pozitivist bir anlayışına katılabilirken, "pozitivist" denen ideolojiye katılmamak mümkün olabilir.

Pozitivist yaklaşım, doğa bilimleri modeline göre gerçek bir hukuk bilimi inşa etmenin arzulanabilir ve mümkün olduğu inancıyla nitelenir, ki bu da birçok fikir içerir. Öncelikle bilimi konusundan ayırmak gerekir, yani hukuk bilimiyle hukukun kendisini ayırmak gerekir. Bilim dışsal bir nesnenin bilinmesi olarak anlaşılır. Bu nesneyi daha sonra tarif etmekle sınırlı kalmalı, ona dair değer yargılarında bulunmamalıdır (*Wertfreiheit* postulatı ya da aksiyolojik yansızlık). Son olarak, bu nesne ancak pozitif hukuk

olabilir, yani, doğal hukukun ya da ahlakın dışında, politik yetkililerin "ortaya koyduğu" hukuk. Başka deyişle, "pozitivist" terimi hukukun pozitifliğine olduğu kadar pozitivist felsefeye de gönderme yapar.

Bir hukuk felsefesi anlayışını nitelediğinde, pozitivizmin iki değişkesi saptanabilir: kuralcılık ve gerçekçilik. Kuralcılık (normativizm), ampirik bilimlerden türeyen bir modele göre, ama kendisi ampirik olmayan bir nesne üzerinde –yani normlar üzerinde– bilim inşa etmeyi anlar. Gerçekçilik ise, tersine, hukuku olgular bütününe –yargıçların tutumu– indirgeme ve hukuk bilimini ampirik bir bilim yapma iddiasındadır.

Hukuk teorisine gelince, birinci anlamda pozitivist denen yazarlar, çeşitli ve genellikle birbiriyle bağdaşmaz tezler savunurlar. Bununla birlikte, çok çeşitli biçimde anlaşılsa da, ortak bir tez vardır ki bu da hukuk ile ahlakın ayrımıdır. Bu tez, kimi zaman sanıldığı gibi, hukukun içeriğinin ahlaki bakımdan yansız olduğu anlamına gelmez. Böyle bir fikir pozitivizm tarafından reddedilir; pozitivizm, tersine, hukuksal kuralların yaratıcılarının ahlaki tercihlerini ifade ettiğini vurgular. Ayrım yalnızca hukuk kavramının ahlaka referansla tanımlanamayacağını, ancak bunu dile getirenin otoritesi ya da etkisiyle tanımlanabileceğini belirtir. Bir kuralın ya da normatif bir emrin hukuksal olup olmadığı sorusu, doğası ahlakdışı olan ölçütlere bağlıdır: Ahlaka ya da bir adalet idealine uygun olup olmadıklarının pek önemi yoktur.

Hukukun bu tanımı genellikle –ahlaka uygunluğundan bağımsız olarak– kaynağını aldığı otorite dolayısıyla eleştirilmiştir, çünkü liberal toplumların olduğu kadar Nazi

devletinin kurallarını da "hukuk" olarak adlandırmaya götürebilir. Bu eleştirinin temelleri yine de sağlam değildir, çünkü hukuk nitelemesi ahlaki bir yargı değildir. Ne kuralların doğruluğunu içerir, ne de bunlara uyma gerekliliğini. Tersine, ahlaki bir yargıyı mümkün kılan şey bu tanımdır: Kurallar bütünü ancak yerleştikten sonra bir "hukuk" oluşturur ve ancak o zaman bu hukukun adil olup olmadığını söyleyebiliriz. Pozitivist hukuk teorisi, kimi zaman yine "pozitivizm" olarak adlandırılan ve hukuka itaat edilmesi gerektiğini ileri süren ideolojiyle karıştırılmamalıdır.

Bu "pozitivizm" teriminin üçüncü anlamıdır, yani yerleşik hukuka itaati buyuran ideoloji ya Fransa'daki yorum okulunun dediği gibi, yerleşik hukuku doğru olarak görür ya da doğru ya da yanlış olmasından bağımsız olarak, yalnızca hukuk olduğu için itaati buyurur. Pozitivizme, hangisi olursa olsun, iktidara boyun eğmeyi önerdiği ve böylelikle en iğrenç rejimlerin tahakkümünü kolaylaştırdığı eleştirisini getirenler, pozitivizmi bu anlamda anlamaktadır. Yine de şunu hatırlamak gerekir ki, söz konusu olan bir ideoloji olunca, bu pozitivizm birinci anlamda, yani yaklaşım olarak anlaşılan pozitivizmin karşısındadır ve doğal hukukçuluğa yaklaşır, çünkü hukuku tarif etmekle sınırlı kalmaz, değer yargıları ve buyruklar da dile getirir.

IV. – Disiplinin durumu

Yakın bir döneme dek hukuk felsefesi ülkelere göre son derece farklı şekilde uygulanmıştı, öyle ki her bir bölümü çeşitli ulusal geleneklere ayrılmış bir kitap yazmak müm-

kündü. Almanya'da özellikle on dokuzuncu yüzyılda, hukuk felsefesi birçok faktöre bağlı olarak gelişmişti; bunlar arasında genel olarak felsefenin gücü yer alıyordu, ama aynı zamanda devletin oluşumu ve rolü etrafındaki tartışmalar da bu faktörler arasındaydı. Doğal hukukçularla pozitivistler arasındaki tartışma, Nazilerin iktidara gelişinden önceki yıllarda canlanmıştı. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra önemli bir politik ve kurumsal kozla birlikte yeniden alevlendi, çünkü pozitivizm totaliter iktidara boyun eğmeyi teşvik etmekle suçlandı ve doğal hukukçu bazı fikirler yeni anayasaya dahil edildi. İtalya'da bu aynı tartışma Katoliklerle (doğal hukukçu) laikleri (pozitivist) karşı karşıya getirdi. Birçok ülkede de güçlü eğilimler ayırt edilebilirdi: İtalya'da analitik pozitivizm, İskandinav ülkelerinde gerçekçilik.

Fransa'da hukuk felsefesinin rolü uzun süre çok cılız kaldı. Bu disiplin, komşu ülkelerde olduğu gibi, bütün hukuk öğrencilerine mecburi değildi ve hukuk fakültelerinde ya da felsefe bölümlerinde isteğe bağlı eğitim düzenleyen üniversiteler enderdi. Böylece, az sayıda eser yazılmış ya da tercüme edilmişti ve Fransa geniş ölçüde büyük tartışmaların uzağında kalmıştı. Bu durum, kısmen Fransa'nın yasama-merkezciliğiyle açıklanabilir, yani yasanın hukukun tek kaynağı olduğu ve idari yetkililerin ya da yargıçların aldığı bütün kararların yalnızca yasadan kaynaklandığı fikri egemendir. Keza, yalnızca yasaları uygulaması gereken idareciler, yargıçlar ya da avukatlar, sorunların çözümünü yasaların dışında aramamalıdırlar; ne hukukun niteliği ve temelleri sorununu incelemelidirler, ne de temel kavramları tartışma konusu etmelidirler. Dolayısıyla yalnızca

teknik bir eğitime ihtiyaçları vardır, dolayısıyla hukuk fakülteleri uzun süre hukuk "okulu" olarak adlandırılmıştır.

Yine de bu durum başka yerlerde olduğu gibi Fransa'da da evrim geçirdi ve ulusal gelenekler fazlasıyla gölgede kaldı. Bu durum yalnızca iletişimin gelişimine ve İngilizcenin egemenliğine değil, aynı zamanda şimdi artık her yerde benzer terimlerle ortaya konan aynı sorunlara da bağlıdır. Bütün Batı ülkelerini etkilemiş olan derin politik, ekonomik ve teknolojik dönüşümlerin hukuk felsefesi üzerinde ters etkileri oldu. Bir yandan, sürekli olarak artan yeni kuralların yaratılmasına, dolayısıyla hukuksal mesleklerin aşırı teknikleştirilmesine ve teorik sorunlara ilgisizliğe yol açtılar. Ama, diğer yandan, bu kuralların temelleri üzerine sorgulamalar, geleneksel hukuk kavramlarının yeni durumlara uyarlanması, devletin rolünün ve bu rolü yerine getirme tarzının değerlendirilmesi, hukuk felsefesine yeni alanlar açtı.

Günümüzde çok çeşitli araştırmaların sayısında artışa tanık olunur. Uluslararası Hukuk Felsefesi Birliği'nin kongre ve yayınları, yaklaşımları olduğu kadar alan ve konuları da ilgilendiren bu çeşitliliğe dair bir fikir verir. Çalışmalar, fenomenolojiden mantıksal ampirizme dek bütün felsefi akımlara ve sosyolojiden ekonomiye, göstergebilimden psikanalize dek bütün beşeri bilimlere bağlanırlar. Yazarlar doğal hukukçu ve hukuksal pozitivist geleneksel akımları sürdürürler ama aynı zamanda bu karşıtlığı aşmaya da çalışırlar. Kuzey Avrupa'daki postpozitivizm gibi bazı akımlar pozitivizmden kaynaklanırken, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki *Critical Legal Studies* gibi bazıları ise gerçekçilikten kaynaklanır.

Konularla ilgili olarak ise, hukukun özüne duyulan ilginin canlandığı söylenebilir. Geleneksel hukuk felsefesi, hukukun ve yöneldiği bütün kendiliklerin –mülkiyet, sözleşme ya da devlet– özlerini araştırıyordu. Tersine, her türlü metafizik söylemi reddettiğinden ve pozitivist hukukun en genel tanımıyla kendini sınırlamaya çabaladığından pozitivist yönelimli olan hukuk teorisi, bütün hukuksal sistemlerde ortak olan şeyi aramalıdır. Bu ortaklık ise, yalnızca hukukun biçimi ya da yapısıdır, oysa ki kuralların özü bir ülkeden diğerine büyük oranda değişir.

Bununla birlikte günümüzde, pozitivistler de dahil olmak üzere, ulusal çerçeveyi aşan ve kuralların özünü belirlemek için ister istemez kullanılan kavramlar üzerine çalışmaların gelişimi gözlemlenmektedir. Yurttaşlık haklarının kazanılması ya da kullanımı için farklı kurallar saptanabilir, ama bir yurttaşlık kavramına her zaman ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, "maddi" denen bu kavramlar, ya teknolojik, politik veya ekonomik değişimlere bağlı olarak ya da hukukun biçimine ve yapısına bağlı gerekçelerle gelişir ve değişir.

Ayrıca, kuralların içerikleri ahlaki ya da politik türde doğrulamaların konusu olur, ama aynı sıklıkla da hukukun kendisinden alınma argümanlar üzerinde temellenmiştir. Böylelikle anayasa derslerinin kurumlaşması genellikle normlar hiyerarşisinin ya da hukuk devleti ilkesinin mantıki sonucu olarak gösterilmiştir; kürtaj olma ise kişinin kendi bedenine özgürce sahip olma hakkına referansla, yasaklanması ise yaşam hakkı adına doğrulanmıştır.

Pozitivist esinli çağdaş hukuk felsefesi, çözümlerin sözü edilen ilkelere uygun olup olmadığını kontrol etmeye de-

ğil, özdeki çözümlerin felsefi varsayımlarını ve maddi kavramları dönüştürmeye yönelten kısıtlamaları ortaya çıkarmaya çabalar.[2]

Bu çalışmanın devamında, esasen hukukun biçimini ve hukuksal akıl yürütmeyi ilgilendiren klasik birkaç önemli sorunla sınırlı kalmak zorundayız.

2) Bir yakın dönem örneği için bkz. O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.

II. Bölüm

HUKUK BİLİMİ

Bir hukuk biliminin olup olamayacağı sorusu çok eskiye dayanır ve bu soruya verilen cevaplar da "bilim" ve "hukuk" kelimelerine verilen çok sayıda anlama bağlıdır. Michel Villey bir "klasik Roma hukuk bilimi" tanımlıyordu. Bu bilimin "görevi, X'e ya da Y'ye kim olduğunu, toplumsal organizmanın içinde keşfettiği doğru ilişkileri bildirim kipinde söylemektir" (Villey, 1975, s. 97). Bu anlayış etik bilişselciliğe, yani doğru ya da güzel gibi değerlerin nesnel bir varlığı olduğu ve bunların bilinebilir olduğu tezine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu tespit, bilişselciliğin rakipleri tarafından ve hatta bilişselci tezi kabul ederken hukukun doğruyla örtüşmediğini düşünenler tarafından bile elbette reddedilmiştir. Her halükârda, bilim bir bilgiler toplamıysa eğer, bu durumda hukuk bir bilim olamaz çünkü bir uygulamalar toplamıdır.

Bununla birlikte, hukuk bir bilim olmasa bile, yine de hukuktan ayrı ama hukuku konu olarak ele alan, yani hukuku tarif etmeyi görev edinmiş bir bilim düşünülebilir.

Böyle bir bilim bilişsellikle olduğu kadar etik bilişsellik-karşıtlığıyla da bağdaşır. Hukukun bir nesnel değerler bütünü olduğu ve hukuk biliminin bu değerleri tarif edebileceği ama onların yaratılmasına katılmadığı ve kendi başına hiçbir etik yargıda bulunmadığı varsayılırsa, bilişsellikle bağdaşır. Tersine, hukukun bir değerler bütünü olmadığı, insanların dile getirdiği kuralların ve uygulamaların bütünü olduğu varsayılırsa, bilişsellik-karşıtlığıyla bağdaşır. Ama her iki durumda da hukuk bilimi hukukun kendisinden köklü bir şekilde ayrılabilir, çünkü hukuku konu olarak ele almakta ve onu tanımlamakla sınırlanmaktadır.

I. Hukuk ve hukuk bilimi ayrımı

Pozitivist hukuk bilimi anlayışının öğelerinden birini oluşturan bu ayrım, birçok işlevin ve birçok dil düzeyinin farklılaşmasına dayanır ve farklı hukuk bilimi anlayışlarına yol açar.

1. Önermeler ve buyruklar. – Dil, işlevleri çok sayıda olan sözcelerden oluşmuştur. Hukuk bilimi sorunuyla ilgili olarak, belirtici (ya da tanımlayıcı) ve kuralcı işlevlerle sınırlı kalabiliriz. Belirtici işlevlerle bilgiler iletir, dünyayı tarif ederiz; kuralcı işlevlerle, buyruklar, öğütler ya da tavsiyelerle davranışlara yol açmaya çalışırız. Tanımlayıcı dil aracılığıyla, bir şeyin var olduğunu ileri süreriz; kuralcı dil aracılığıyla, bir şeyin olması gerektiğini belirtiriz.

Sözcelerin tanımlayıcı ya da kuralcı niteliği onların dilbilgisi biçimine bağlı değildir. *Hava soğuk* cümlesiyle,

bağlama ya da telaffuz tarzına göre, hava durumu üzerine bir bilgi verilebileceği gibi, birinin pencereyi kapatması arzusu da iletilebilir. Demek ki bir tanımlama kadar buyruk da olabilir. Tersine, buyrukları ifade eden hukuk metinleri genellikle belirtici tarzda kaleme alınmıştır. Örneğin, 1958 Fransız Anayasası'nın 10. maddesi şunu tanzim eder: "Cumhurbaşkanı, son şekliyle benimsenmiş olan yasanın hükümete sunulmasını izleyen on beş gün içinde yasaları resmen ilan eder." Bu ifade, Fransız cumhurbaşkanlarının hemfikir oldukları bir alışkanlığın tarifi değildir, cumhurbaşkanlığı mevkiinde bulunan kişiye yasaları ilan etmesini buyurmaktadır. Sözcelerin niteliğin, belirlemek için, öncelikle işlevlerine ya da anlamlarına bağlı kalınır. Bir sözcenin bildirici ya da kuralcı bir anlamı olduğu, bildirici bir önermeyi ifade ettiği (ya da kısaca, önerme denir) veya kuralcı bir önermeyi ifade ettiği (ya da kısaca, buyruk denir) söylenir. Tersine, bu buyruk çok çeşitli sözcelerle de ifade edilebilir. Hırsızların hapisle cezalandırılması emri, örneğin, *hırsızlar hapisle cezalandırılmalıdır* ya da *hırsızlar hapisle cezalandırılacaktır* veya *hırsızlar hapis cezasına çarptırılacaktır* gibi ifade edilebilir.

Bu ayrım hukuk ile hukuk biliminin temelindedir; çünkü hukuk, buyrukların, kuralların özel bir türünden oluşmuşken, hukuk bilimi önermelerden ibarettir. Buyruklar ile önermeler çok önemli birçok noktada farklılaşırlar.

Öncelikle, önermeler doğru ya da yanlış olabilir ama buyruklar olamaz. Önermelerin bu niteliği bunların doğru ya da yanlış olduklarının daima bilindiği anlamına gelmez; bunu bilme umudunun olduğu anlamına da gelmez; ama mantıken doğru ya da yanlış olabilecekleri anlamına gelir.

Örneğin, *ölümden sonra bir yaşam vardır* önermesi, *su 100 derecede kaynar* önermesi gibi doğru da olabilir yanlış da.

Tersine, buyruklar ne doğru olabilir ne yanlış. *Sigara içmeyin* emrine, *bu yanlış* diye cevap verilemez, yalnızca *ben size itaat etmeyi reddediyorum* ya da *bana buyurmaya hakkınız yok* cevabı verilebilir.

Bunun sonucunda, eğer bilim bir bilgiler bütünüyse, yani doğru kabul edilen önermeler toplamıysa ve eğer hukuk bir buyruklar bütünüyse, hukuk hiçbir şekilde bilim olamaz.

Yine de kimileri normların doğru ya da yanlış olabileceğini ileri sürmektedir. Doğru ya da yanlış olabilme özelliği –demektedirler– yalnızca *sigara içmeyin* türündeki buyrukları içermektedir, yoksa buyruklardan farklı olan normları değil. Gerçekten de, *sigara içmeyin*'e *bu yanlış* diye cevap veremesek de, buna karşılık, *sigara içmek yasaktır*'a, *doğru değil, sigara içmek yasak değildir* diye cevap verebiliriz.

Gerçekte bu tez, sözce ile ifade ettiği önerme arasında sık rastlanan bir kafa karışıklığına dayanmaktadır. Doğru ya da yanlış olabilenler sözceler değil, yalnızca önermelerdir. *Sigara içmeyin* ve *sigara içmek yasaktır*, yalnızca aynı anlama sahip iki farklı sözcedir ve örneğin *sigara içmemek gerekir* ya da *sigara içmemeli* gibi başka biçimlerde de ifade edilebilir.

Bu aynı sözceler ya bir buyruğu ya da bir önermeyi ifade edebilir. Bunlar bir emir olarak anlaşılırlarsa (özellikle otorite sahibi birinden –örneğin bir yasa koyucudan– kaynaklanıyorlarsa bir buyruk olarak anlaşılabilirler), bu durumda buyruk elbette ne doğru olabilir ne de yanlış. Ama hiçbir yetkiye sahip olmayan ve bir başkasının dile getir-

diği bir buyruğu aktarmakla yetinen biri tarafından ifade edildiklerinde bir önerme oluşturabilirler. Örneğin, sıradan bir yurttaş, *kamusal mekânlarda sigara içmek yasaktır* derse, kendisi sigara içmeyi yasaklamaz ve bu yasak için üzüntü bile duyabilir; yalnızca sigara içmeyi yasaklayan bir normun var olduğunu ileri sürmekle yetinir.

Dolayısıyla, doğru ya da yanlış olan şey asla norm değildir, bir normu tarif eden önermedir yalnızca. Norm varsa önerme doğrudur, yoksa yanlıştır.

Bildirici biçimdeki bazı sözcelerin buyruk ifade etmesi gibi, görünüşte buyurucu olan başka sözceler de önerme ifade ederler. *Suyu kaynatmak için ısısını 100ºC'ye çıkarmak gerekir* türünden sözceleri buyruklarla karıştırmamak gerekir. Deontik bir fiilin varlığına rağmen, bu sözcenin bir buyruk anlamı yoktur, gerçek bir normdan çok farklı olan teknik bir normu ifade eder. Gerçekten de, herhangi bir şeyi düzenlemeye değil, yalnızca suyun ısısı ile kaynama arasındaki ilişkiyi tarif etmeye yarar. Bu yalnızca bir önermedir ve bu haliyle doğru da olabilir yanlış da ve *su 100ºC'de kaynar* gibi, deontik fiilden yoksun bir sözce yardımıyla ifade edilebilir.

Buna karşılık, buyruklar, ne doğru ne yanlış olabilseler de, bunlara uymak ya da uymamak, bunları geçerli kabul etmek ya da etmemek mümkündür. Bir normun geçerli olduğunu söylemek, burada, bir başka norma uygun olarak, yetkili bir otorite tarafından benimsendiği ve bu diğer norma göre zorunlu olduğu anlamına gelir; başka deyişle, belli bir normatif sisteme aittir ve bu sistemin bağrında bir yaşamı vardır.

Önermeler için doğru olan şeye denk buyrukların bir niteliği kimi zaman geçerli kılınmak istenmiştir. Yine de

bu tez başarısız kalır. Bir önermenin doğruluğu dünyaya denkliğine bağlıdır. Önermenin betimlediği konu gerçekten varsa ve ona atfettiği niteliklere sahipse önerme doğrudur. Tersine, bir buyruğun geçerliliği, dış dünyadaki bir olgunun gerçekliğine hiç bağlı değildir. Örneğin, *bütün kuğular beyazdır* önermesi tek bir siyah kuğu varken yanlışken, *bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır* önermesi bazı hırsızlar gerçekten cezalandırılmasa da geçerliliğini yitirmez. Hatta hiçbir hırsız cezalandırılmasa bile, *hırsızlar cezalandırılmalıdır* geçerli normunu tarif eden önerme doğru kalır.

Ayrıca, bir önermeden başka önermeler –ve kimi teorilere göre, bir buyruktan başka bir buyruk– mantıksal olarak çıkarılsa bile, bir buyruktan önermeler çıkarmak imkânsızdır. Genellikle "Hume yasası" olarak adlandırılan bu imkânsızlık kolayca anlaşılır. Bir şey var olduğu için olmak zorunda değildir. İnsanların yalan söyledikleri saptamasından, önerme ile çözüm arasında bir değer yargısı (*yalan söylemek kötüdür*) ve bir buyruk (*kötü olan şeyi yapmamak gerekir*) varsaymadan, yalan söylememeleri gerektiği sonucu çıkartılamaz.

Önermelerden yola çıkarak buyruklar türetmeye çalışılan akıl yürütmeler şiddetle eleştirilmiştir ve ustalıklı birkaç teşebbüse rağmen, doğalcı mugalatanın kurucuları olarak kabul edilmişlerdir.[1] Bu şekilde adlandırılmasının nedeni de öncüllerden birinin konusunun genellikle doğanın bir olgusu olması ve bu tür akıl yürütmelerin bazı doğal hukuk doktrinlerinin özelliği olmasıdır.

1) Bu akıl yürütmeler hakkında bkz. J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987.

Bunun sonucunda, önermeler yardımıyla dünyayı tarif eden bilim hiçbir durumda buyruk ifade edemez. Var olanı söyler ama neyin olması gerektiğini söyleyemez. Hukuk bilimi, tıpkı bütün bilimler gibi, buyruk ifade etmekte yetersizdir. Dolayısıyla, "hukuk önermeleri" olarak adlandırılan ve hukuk biliminden bağımsız, nesnel bir varlığı olan normları tarif eden önermeler dile getirmekle yetinirken, hukuk yalnızca bu normlardan ibarettir.

Bu bilim aynı zamanda her türlü değer yargısından da muaf olmalıdır. Toplumsal bilimlerde *Wertfreiheit* adıyla ya da aksiyolojik yansızlık olarak bilinen bu saflık ideali Hans Kelsen'in kendi doktrinine verdiği adı açıklar: *Saf hukuk teorisi.* Burada saflık, saflıkla alakası olmayan hukukun bir özelliği değil, teorinin özelliğidir. Değer yargısı ifade etme imkânsızlığı, değerlerin bilinemeyeceği şeklinde daha önce ifade edilmiş fikirden kaynaklanır, dolayısıyla değer yargıları da buyruklardan kaynaklanır, yoksa tersi değil: bir tutum iyi olduğu için kurala uygun değildir, onun kurala uygun olmasını sağlayan norm açısından iyidir.

Böylelikle hukuk bilimi bir meta-dil olarak nitelenebilir, çünkü konusu hukuktur, bu da bir dildir. Bu sunum, hukuk yalnızca bir buyruklar bütünüyken, bu buyruklar ne doğru ne yanlış olabilirken, önermelerden oluşan bir hukuk bilimi oluşturmanın nasıl mümkün olabildiğini anlamayı sağlar. Hukuk üzerine dil, hukukun kendi dilinin özelliklerinden farklı özellikler taşır.

2. Bilim ve meta-bilim. – Meta-dil terimleriyle akıl yürütme üçüncü bir söylem düzeyi ele almaya yöneltir. Bu, hukuk bilimi üzerine dilin düzeyidir. Bu hukuk üzerine bir

meta-dil olsa da, "adli epistemoloji" de denen hukuk bilimi üzerine dil, bir meta-metadil oluşturur.

Norberto Bobbio, Kelsen'in düşüncesinde, dilin doğasının düzeylere göre değiştiğini gözlemlemişti (Bobbio, 1998, s. 185 ve devamı). Hukukun dili buyurucuysa ve hukuk biliminin meta-dili tanımlayıcıysa, üçüncü düzeyin dili buyurucudur, çünkü tamamen tanımlayıcı bir bilim oluşturma tavsiyesinden ibarettir. Başka deyişle, "tanımlamayı buyurur." Bobbio bu yönelimi eleştirir. Bir yandan –der–"meta-bilim" olarak da adlandırdığı adli epistemoloji, hiçbir şey buyurmayan ama bu bilimlerin bilgiler ürettikleri yordamları tanımlamakla yetinen doğa bilimlerinin epistemolojisinden uzaklaşır. Diğer yandan, hukuk üzerine yazanların, örneğin profesörlerin gerçek çalışmasını çok yanlış açıklar, çünkü bunlar bir hukuk tanımıyla asla kendilerini sınırlandırmazlar ama tavsiyeler ve değer yargıları da ileri sürerler.

Hukuk üzerine söylem bir bilgiler bütünü olarak kendini ortaya koymazsa, bu argümanlara karşı, meta-bilimin hukuk biliminin hukuk üzerine bilgiler üretme tarzını tanımlayamayacağı itirazı yöneltilebilir. Ancak kendini bir bilim olarak ortaya koyan bir söylem üzerine bir meta-bilim olabilir. Zaten tanımlamayı gerçekten buyurmak söz konusu değildir – doğa bilimleri modelinden esinlenmiş bir model üzerinde inşa edilmişse eğer, bir hukuk biliminin bürünebileceği özellikler belirtilebilir olsa olsa. Kuşkusuz ki, bir hukuk biliminden başka, hukuk söylemi üzerine bir başka söylem de söz konusudur; bu, belirgin bir toplumsal yararlılığa sahip adli dogmatik söylemdir. Meta-bilim bu diğer söylemi değil, özellikle gerçek bir

hukuk biliminin olasılığını da sorgular. Bununla birlikte, bu bilimi tasarlama tarzına uygun çok sayıda farklılık söz konusudur.

3. **İkicilik ve bircilik.** – İlk soru, gerçek bir bilim olmak için, hukuk biliminin, bilimin tek yöntembilim modeline, doğa bilimlerininkine uyup uymayacağını bilmektir ya da tersine, özgül bir yöntembilime uyduğunu tahayyül etmektir. Her iki seçenek de bilimler felsefesinin daha genel kavramlarına hukuk felsefecilerinin katılımının yansısıdır (Villa, 1991). Gerçekte, birci bir akımla çoğulcu bir akımı ayırt edebiliriz.

Birci anlayışa göre, bütün bilimsel disiplinler ister istemez doğa bilimlerinin ve öncelikle de fiziğin yöntemini, özellikle önermelerin ampirik denetimi açısından benimsemelidir.

Buna karşılık, yöntemsel bir çoğulculuk da vardır. Bu akıma bağlı kalan yazarlar, bilimin birliği fikrini reddetmezler. Bu birlik her bilimin hissedilir deneyim olgularını açıklamayı görev bilmesinden, konusunun tarifiyle sınırlı kalma ve önermelerini ampirik olarak denetleyebilmesinden kaynaklanır. Ama, örneğin ampirik denetlenebilirlik gibi, deneyimi oluşturan farklı anlayışların alanlara göre var olduğunu düşünürler. Bunun sonucu, doğal olarak, bir yöntem çokluğudur, bazı yazarların fiziğe atfettiği model rolünü hiçbir bilim tüm diğerleri için oynayamaz. Kimileri ise doğa bilimlerinin zaman zaman beşeri bilimlerden esinlenebileceğini ihtimal dışı bırakmazlar.

Hukuk bilimi söz konusu olduğunda, tartışmanın esasen iki noktaya yönelik olduğu anlaşılır: Ampirik olguların

dengini hukukta bulabilir miyiz? Eğer bulabilirsek, hukuk biliminin önermelerini nasıl denetleyebiliriz?

Bu tartışma elbette hukuk bilimi ile hukukun ayrımını reddedenleri ya da hukuk bilimini normlar ileri sürebilen bilim şeklinde anlaşılan normatif bilim olarak düşünenleri (Kalinowski, 1969) kapsamamaktadır. Dolayısıyla tartışma yalnızca pozitivist akımın içindeki iki norm anlayışı yandaşları arasında cereyan eder. Bu iki anlayış normların doğasının temsil ettiği ölçüde bunlar ontolojiler olarak nitelenebilir. "Maddi" denen birinci anlayışa göre normlar ideal kendiliklerdir, varlık dünyasından ayrı ve farklı, "olması gereken"in dünyasına aittirler. Kimi zaman "ifadeci" olarak adlandırılan ikinci anlayışa göre normlar yalnızca olgudur, insan istencinin ifadesidirler. Çağdaş hukuk felsefesinde, normativist akımın içinde birinci anlayışın bir açıklaması bulunurken, ikincisi özellikle gerçekçi akım tarafından temsil edilir.

4. Hans Kelsen'in anlayışı. – Ampirik bilimler modeli üzerinde bir hukuk bilimi inşa etme iradesi, bütün ampirik bilimlerin olgulara yönelik olmasından kaynaklı önemli bir güçlüğe gelip çarpar; çünkü hukuk ampirik olgular değil normlar bütünüdür.

Bu saptamadan yola çıkarak, iki olasılık var gözükmektedir, ki Kelsen yine de bunları ayırır: olgular üzerinde değil, değerler ve normlar üzerinde özgül bir bilim inşa etmek ya da hukuku olgulara indirgemek. Kelsen birinci yolu, doğacılığı reddeder, çünkü değerlerin bilinemez olduğu kanısındadır. Doğal hukuka bağlı olanlar nesnel bir varoluşa sahip değer ya da normları tanım-

layamazlar, ama yalnızca kendi öznel tercihlerini ifade edebilirler.

Ama adli normu ya bir ceza tehdidinden kaynaklı buyruk gören olarak ya da insanların belli bir şekilde davranma olasılığını ifade ettiğini düşünen geleneksel pozitivizmin yaptığı gibi normları olgularla özdeşleştirmeyi de kabul edemez. Normun bir buyrukla özdeşleştirilmesi kabul edilemez, çünkü buyruklar ille de zorunlu değildir. Hart daha ileride bu noktayı çok daha açık seçik ifade edecektir: Hırsızın *ya paranı ya canını* emri, vergi tahsildarının *vergi bedelinizi son tarihten önce ödemezseniz cezaya çarptırılacaksınız* emrinden pek farklı değildir. Her iki durumda da, bir ceza tehdidinden kaynaklı bir buyrukla karşı karşıyayız. Bununla birlikte, birinci durumda, paramızı verme yükümlülüğümüz yoktur. Yalnızca buna mecburuzdur. İkinci durumda, yine ödemek zorundayızdır, ama aynı zamanda yükümlüyüzdür. On Emir Tanrı'dan kaynaklanıyor olsa bile, ancak *Tanrı'nın buyruklarına uymak gerekir* genel normu varsayılırsa buna uymak bir yükümlülük olur. Dolayısıyla bir buyruğun ifade edilmesi bir olgudur ama bu olgu bir norm değildir.

Hukuk sosyologlarının yapmak istedikleri gibi, norm bir tutuma da indirgenemez ve Kelsen pozitivizmin bu versiyonunu kabul edemez, keza doğal hukuku da kabul edemez. Her iki reddin de nedenleri aynı olup, var olan ile olması gereken ayrımından alınmıştır: Bir şeyin var olduğu savı bir şeyin olması gerektiği savıyla aynı anlamda değildir. Örneğin, Pierre'in Paul'e 1000 frank ödemesi gerektiğini söylemek, Pierre'in bu miktarı ödemesi ihtimalinin, hatta güçlü olasılığının olduğu anlamına gelmez. Pierre'in

bu miktarı zorunlu olmadan ödemesi gayet mümkün olduğu gibi, tersine, zorunlu olsa da ödemeyebilir.

Geleneksel hukuksal/adli pozitivizmi de doğal hukuk gibi reddeden Kelsen orta bir yol bulmaya çalışır. Doğal hukuktan, hukukun bir olgular bütünü değil zorunlu normlar bütünü olduğu sonucunu alır; pozitivizmden ise bilimin kendi konusunu tarif etmekle sınırlı kalması ve her türlü değer yargısından muaf olması gerektiği sonucunu alır. Buyruklar çıkartamadığından ya da olgular tarif edemediğinden, hukuk bilimi var olanı değil, olması gerekeni tarif etmelidir. Hukuk biliminin tarif edeceği bu "olması gereken" nesnel bir "olması gereken"dir, tarif yapmaya kalkışanın iradesinden ve tercihlerinden bağımsızdır. Hukuka göre olması gereken budur. Hukuk önermelerinin konusu budur.

Yine de Kelsen saf hukuk teorisinin pozitivist bir doktrin olduğunu düşünmektedir. Hukuk bilimi, onun düşündüğü haliyle, gerçekten de bütün ampirik bilim özelliklerini gösterir, yine de ampirik bir konusu yoktur: konusundan ayrıdır; nesnel bir gerçekliği betimler çünkü konu olarak pozitif hukuku alır, başka bir şeyi değil; önermelerden oluşmuştur; bu önermeler hakikate-denklik ilkesine göre, yani onu betimleyen önermeye denk düşen bir normun dünyada olup olmamasına göre doğru ya da yanlıştır. İşin doğrusu, doğal hukukçulukta, hukukun "olması gereken" olduğu fikri hariç, her şeyi reddeder, çünkü doğal bir hukukun varlığını kabul etmez ve hukuk bilimi zorunlu normları tanımlıyor olsa da, buyurmaz ve boyun eğilmesini emretmez.

Bununla birlikte, bu epistemolojik tutum –tanımlamayla sınırlanan bir bilim inşa ederken, norm koyuculuğu

bu bilimin özgül hedefi olarak koymak– savunulması son derece güç görülür; öyle ki Kelsen kimileri temelsiz, kimileri doğrulanmış bir dizi eleştiriye çanak tutar.

Başka pozitivist yazarlardan kaynaklı en yaygın eleştirilerden birine göre, vergi tahsildarınınki gibi bir buyruğun geçerli ya da zorunlu bir norm ifade ettiği savı ile bu emre uyma buyruğu arasında pek fark yoktur. Alf Ross, *vergi tahsildarının vergi ödeme emri geçerli ve zorunlu bir normdur* önermesinin, ahlaki bir norm olan *vergi ödemeli* buyruğuna denk olduğunu ileri sürer. Kelsen böylelikle bizzat kendisinin ilan etmiş olduğu pozitivist ilkeden kopmuş olur (Ross, 2002). O *kısmi-pozitivisttir,* yani gerçekte bir doğal hukukçudur. Aynı şekilde, Raz'a göre, normatif bir önerme, ister ahlaki bir önerme olsun ister bir hukuk önermesi, "geçerli bir normun varlığına inancı ifade eder ve bir norm bir değer oluşturur."[2] Demek ki Kelsen bilişselcidir.

Aslında bu eleştiri hiç doğrulanmamıştır. Gerçekten de mutlak olabilecek ahlaki yükümlülük ile yalnızca nispi olan adli yükümlülük (ya da geçerlilik) arasındaki bir karışıklığa dayanır. Bir zorunluluk olan vergi tahsildarının emri ile zorunluluk olmayan hırsızın emri arasında ne fark vardır? Bu soruya, vergi tahsildarınınkinden farklı ve ondan daha üstün olan, itaat edilmesini ve talep ettiği verginin ödenmesini emreden bir norma gönderme yaparak cevap veremeyiz. Bu norm finans yasasıdır, yani bütçedir. Elbette hırsız için benzer hiçbir norm yoktur. Vergi tahsildarının emri ancak bu üstün norma *izafen* geçerli ya da

2) Joseph Raz, *Pratical Reasıon and Norms*, Priceton, Princeton University Press, 2. baskı, 1990.

zorunludur. Ayrıca buna boyun eğmek için hiçbir ahlaki zorunluluk yoktur ve adaletsiz eylemlere hizmet ettiği takdirde vergi ödememeyi emreden bir norm içeren ahlaki bir sistem de düşünülebilir. Ama bu ahlaka katılsak bile, yine de, hukuka göre, vergi ödemenin zorunlu olduğunu ileri sürebiliriz. Dolayısıyla, bir normun geçerli olduğunu ileri süren hukuk biliminin bir buyruk ifade ettiği doğru değildir.

Örneğin, bir normun zorunlu olduğunu ileri sürmek, onun mutlak anlamda ya da ahlaki olarak zorunlu olduğunu söylemek değil, ancak yüksek bir norma izafen zorunlu olduğunu söylemektir. Kelsen'in "nesnel" olarak adlandırdığı da bu nispi zorunluluktur, başka bir şey değil; çünkü normu ifade edenin, örneğin vergi tahsildarının öznel iradesi tarafından değil, yüksek bir norm tarafından, yani varlığı nesnel bir yasa tarafından oluşturulmuştur. Ama, normlar nesnel olarak zorunlu, yani yüksek normlara izafen zorunlu olsa da, bütün olarak hukukun asla kendi başına zorunlu olamayacağını vurgulamak gerekir; Kelsen de bu noktada güçlü bir şekilde durur. Tersine, *saf hukuk teorisi* "nesnel bir normatif geçerliliği olan normlar sistemi olarak binlerce yıllık hukuk anlayışını, yanlış olarak kökünden söküp atmaya çalışır".

Hukuk biliminin normları tarif ettiği önermeler söz konusu olduğundan, Kelsen, bunların ancak deontik bir fiil yardımıyla ifade edilebileceğini saptar. Örneğin, *hırsızlar cezalandırılmalıdır* normu, ancak aynı dilsel biçimdeki bir hukuk önermesiyle tanımlanabilir: *hırsızlar cezalandırılmalıdır*. Bu sonuncu durumda bir norm değil bir önerme söz konusudur. Bunun kanıtı, doğru ya da yanlış olabilirliği-

dir. Doğru olmasının tek koşulu, söz konusu hukuk sisteminde, hırsızların cezalandırılmasını emreden bir normun varlığıdır; böyle bir norm yoksa da yanlıştır. Bu nedenle bu önermeyi ifade eden hukuk profesörü, hırsızların cezalandırılması şeklindeki kendi iradesini dile getirmiş olmaz. Hırsızları cezalandırmanın mutlak anlamda zorunlu olduğunu da belirtmiş olmaz, yalnızca, *falanca ülkenin pozitif hukukuna uymak isteniyorsa, o zaman, hırsızları cezalandırmak gerekir* diye belirtmiş olur.

Buna karşılık, Kelsen'in tezi, "maddi" norm anlayışına bağlı ciddi güçlüklere çarpar. Bunlardan yalnızca ikisini belirtmekle sınırlı kalacağız.

Birinci güçlük mantıkla ilişkileri ilgilendirmektedir. Bir önerme doğruysa, bundan kimi zaman bir başka doğru önerme mantıksal olarak çıkartılabilir. Örneğin, bütün memelilerin omurgalı olduğu doğruysa ve eğer filler memeliyse, fillerin de omurgalı oldukları doğrudur. Ama bir hukuk önermesinden bir diğeri aynı şekilde çıkartılamaz. *Fransız hukukuna göre* genel hukuk önermesi *olan bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır*'dan, *hırsız Dupont cezalandırılmalıdır* özel önermesi türetilemez, çünkü buna denk düşen önerme, ortaya konmadığı için, yani bir yargıç tarafından fiilen ifade edilmediği için pozitif hukukta mevcut değildir. Hiçbir zaman da ifade edilmemesi mümkündür, öyle ki hukuk önermesi, mantıksal olarak geçerli olsa bile, yine de yanlış olabilir.

İkinci güçlük bir bilimin inşasına yöneliktir. Her bilim, önermelerinin doğru kabul edilebileceği koşulları belirleyebilir. Oysa bir hukuk önermesi bir norm tanımlar ve eğer denk düşen norm pozitif hukukta mevcutsa –başka

deyişle, geçerliyse– doğrudur. Bununla birlikte, hukuk bilimi bu normun gerçekten var olup olmadığını söyleyemez. Gerçekten de, geçerlilik ampirik bir nitelik olmasa da, saptanamaz. Kuşkusuz ki bir norm, Kelsen'e göre, eğer daha yüksek bir norma uygun olarak ortaya konmuşsa geçerlidir. Dolayısıyla bu üst normun da var olması gerekir, ama var olduğunu nasıl belirleyebiliriz? Sorun basitçe geri itilmiştir, ama sonsuza dek böyle olamaz. Yüksek normun kendisi de ancak daha yüksek başka bir norma uygun olarak ortaya konmuşsa geçerlidir ve bu böyle anayasaya kadar uzanır. Anayasanın geçerliliği ise aynı şekilde saptanamaz, çünkü ondan daha yüksek bir norm yoktur.

Kelsen, ömrünün sonunda, "maddi" norm anlayışını terk etmiş ve gerçekçilerin ifadeci anlayışına yaklaşmıştır.

5. Ampirist anlayışlar. – Sahici bir ampirik hukuk bilimi (yoksa yalnızca Kelsen tarzında ampirik bilimler modeli üzerinde düşünülmüş bir bilim değil) inşa etmenin en olgunlaşmış teşebbüsü gerçekçilerinkidir. Bu bilim doğrulanabilir önermelerden oluşmalıdır. Bu, "olması gereken"e değil, var olana, yani gözlemlenebilir olgulara dayanmalarını gerektirir.

Gerçekçi akımın belli başlı temsilcilerinden biri olan Alf Ross'a göre bu olgular psiko-sosyal türdendir. Öncelikle yargıçların tutumu söz konusudur. Normlar fiilen uygulandıkları ölçüde var olurlar. Yürürlükteki hukuku tarif etmek, yargıcın fiilen uyguladığı normu tarif etmektir. Bu anlayış hukuk biliminin yargıçların tutumuna dair önceden tahminde bulunucu sözceler üretmesini sağlamalıdır. Yüzyıl başındaki Amerikalı gerçekçilerden biri olan Oliver

Wendell Holmes'un ünlü bir ifadesiyle, "mahkemelerin fiiliyatının öngörüsü; bundan daha iddialı bir şey olamaz; benim hukuktan anladığım bu."[3]

Güçlük şundan kaynaklanır ki, eğer bu bilim ampirikse, her türlü özgüllüğünü yitirir, sosyolojiden ve psikolojiden ayrılamaz. Gerçekten de, yargıçların gerçek tutumunu tanımlamak ve öngörmek söz konusuysa eğer, yalnızca hangi normları uyguladıklarını araştırmak yetmez, hangi siyasal partiye mensup olduklarını ya da hangi kiliseye gittiklerini de bilmek gerekir. Yargıcın kararının, kesin olarak, özellikle mizacına ve mizacının da sindirim sistemine bağlı olduğu söylenerek bu teori karikatürize bile edilebilir.

Bir diğer güçlük de normlarla ilgilidir. Normlar yargıçlar tarafından uygulanıyorsa eğer, bu uygulamadan önce var olmaları ve –Ross'un da ileri sürdüğü gibi– yargıçların da bu normları zorunlu kabul etmeleri gerekir. Ama niçin zorunlu kabul edildikleri sorusunu sorarsak, bunların yukarı bir norma uygun oldukları cevabını vermek gerekir ve o zaman da Kelsen'in şemasına geri döneriz.

Ama başka gerçekçilere göre, hukuk eğer ampirik bir konuysa, bunun nedeni öncelikle bir metinler ya da sözceler bütünü olmasıdır, örneğin bir anayasa, yasalar ve kararlar vardır. Bu sözcelerin buyurucu bir işlevi vardır, ama anlamları onlara bağlı değildir. Hukukçuların faaliyeti sayesinde, özellikle bir yorumlama çalışması sonucunda onlara atfedilmiştir. Metinler, yargıçların faaliyeti gibi, olgu-

3) Oliver Wendell Holmes, "The path of the law", in *Harvard Law Review*, X (8), 1897, s. 457 ve devamı.

lardır, öyle ki hukuk bilimi bu olguları tarif eder ve hukuk önermeleri yalnızca gerçeklik yargılarıdır.

II. – Hukuk biliminin konusu ve hukukun tanımı

Hukuk bilimi kendi konusunu –ki bu hukuktur– tanımlamak zorunda olduğundan, öncelikle tarifini yaparak başlamak gerekir. Yalnızca bir bilim inşa etmeyi dert edinen yazarlar için, hukukun tanımı ne özüne yöneliktir, ne adaletle ilişkisine, ne de toplumsal işlevine. Yalnızca özgül bir bilim ışığında incelemenin mümkün olduğu şeyi belirlemek gerekir.

Şunu vurgulamalı ki, hukukun tanımlarının bu kadar çok ve çeşitli olması, ampirik dünyada "hukuk" sözcüğünün ya da başka bir dildeki denk bir sözcüğün eklenebileceği, doğrudan doğruya gözlemlenebilir hiçbir gerçeklik olmamasındandır. Yalnızca kâh hukuksal açıdan kâh başka açılardan anlaşılabilecek insan davranışları vardır.

Bu doğal olarak çok sayıda konu için geçerlidir. Örneğin bir din, inançlı biri, bir sosyolog ya da bazı sofu faaliyetleri bastırma kaygısındaki bir yasa insanı açısından farklı tanımlanır.

Yine de hukukun kendi kendini tanımlama özelliği taşıdığı düşünülebilir. Şu vaka üzerinde duralım: Bir grup adam ve kadın bir salonda oturmuştur. Kimileri söz alır, başkaları onlara cevap verir. Bir süre sonra, adamlardan biri bir çan çalar; bazıları el kaldırır, diğerleri kaldırmaz. Dilsel açıdan bu söylevlerin biçimi sorgulanabilir; sosyo-

lojik açıdan, bu grubun sosyal ve mesleki bileşimi sorgulanabilir; psikolojik açıdan karşılıklı duyguları sorgulanabilir; ama hukuksal açıdan bunların hiçbir önemi yoktur. Buna karşılık, hukuksal açıdan, yaşanan şeyi bir parlamento meclisinin bir yasayı oylaması olarak yorumlayabiliriz. Grup üyelerinin söylemlerinin ya da karşılıklı duygularının niteliğinin bilinmesinden yola çıkarak bir yasanın onaylanıp onaylanmadığını saptamak tamamen imkânsızdır. Bu tutumların, yasa ilanına dair anayasa düzenlemelerine uygun olup olmadığını ancak araştırdıktan sonra ileri sürebiliriz. Ancak uyum içindelerse, bir kararın çoğunluk tarafından benimsendiğini, bu kararın hukukun kararı olduğunu ve yasa adını taşıdığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla insani bir tutumu hukuk yaratıcısı olarak ve onun ürününü de hukuka ait olarak, yasa olarak tanımlayan şey hukuktur.

Hukuk biliminin konusunu tanımlamanın zorunda olmadığı ve hukukun kendi tanımlarını üretmenin yeterli olduğu sonucunu çıkarmak cazip gelir. Ayrıca, yasanın anayasa aracılığıyla tanımlanmasında, gerçekte, yasanın temel niteliklerinin tarifi gibi bir nitelik yoktur; keza sıradan dilde "yasa" sözcüğünün kullanılma tarzına da burada rastlanmaz. Bu bir buyruktur. Anayasa, gerçekten de, belli bir otorite tarafından belli bir prosedüre göre benimsenen bir yasayı "yasa" olarak adlandırmayı ve yasa olarak kabul etmeyi emreder. Hukuk önermeleri sayesinde normları tanımlayan hukuk bilimi de, yasayı tanımlayan anayasal normu bir önerme yardımıyla tarif ederek yasayı tanımlayabilir.

Yine de burada durmak imkânsızdır. Gerçekten de herhangi bir kadın ya da erkek grubunun, oyuncuların ya da

bir psikiyatri kliniğinde kalanların bir araya geldiğini, bir anayasa metni yazdıklarını, bu metnin benimsenmesine karar verdiklerini, sonra da anayasalarının öngördüğü prosedüre uygun olarak kurallar yazıp benimsediklerini hayal edebiliriz. Bu kurallar bu anayasa anlamında yasa olacaktır. Hukuk bilimi de onları "yasa" olarak adlandırmalı mıdır? Cevap elbette olumsuzdur. Monopol oyununun kâğıtları nasıl ki ekonomistlerin belirttiği anlamda para değilse bu kurallar da "yasa" değildir.

Dolayısıyla yasayı tanımlayan anayasanın sözde değil gerçek bir anayasa olması gerekir. İyi de gerçek bir anayasa nedir? Bu soruya yasa için yaptığımız gibi, anayasadan daha yüksek bir norm olmadığından, kendisini anayasa olarak tanımlayan yüksek bir norma gönderme yaparak cevap verilemez. Örneğin, hukuk bilimi normları norm olarak tanımlamadan önce norm olarak tarif edemez ve hukuka içkin bir tanımına girişemez. Dolayısıyla, nesne-hukukun, herhangi bir norm kategorisinin tanımından bağımsız, global olarak ele alınan hukukun dışsal bir tanımından vazgeçemeyiz ve bu tanım hukuk bilimi tarafından değil, yalnızca meta-bilim tarafından, başka deyişle, felsefe ya da genel hukuk teorisi tarafından sağlanabilir.

Doğrusu, hukuk tanımları son derece çeşitli olduğundan, genellikle çağdaş hukuk felsefesinin kabul ettikleriyle sınırlı kalınacaktır.

1. Kelsen, temel norm ve etkinlik. – Hans Kelsen, adli bir normu tek başına tanımlamanın imkânsızlığı saptamasından yola çıkar. Bunu bir ceza tehdidiyle tanımlamanın ve böylece hırsızın verdiği emirden ayırmanın

imkânsızlığını gördük. Aynı şekilde, içeriğiyle tanımlamak ve böylelikle onu diğer norm türlerinden ayırt etmek de imkânsızdır, çünkü adli olmayan normların da benzer bir içeriği olabilir. Adli bir norm örneğin vergi ödemeyi emredebilir ya da sarhoşken araba kullanmayı yasaklayabilir, ama ahlaki ya da dinsel normlar da aynı davranışları emredebilir ya da yasaklayabilir.

Bu güçlüğün adli normlara özgü olmadığı saptanacaktır. Keza dinsel ya da ahlaki bir norm da içeriğiyle ya da itaatsizlik durumunda öngörülen ceza türüyle tanımlanamaz; çünkü bu durumda, herhangi bir kişiden kaynaklanan ve her sabah tek ayak üstünde bir masanın etrafında sıçramayı emreden, yoksa ezeli cezaya çarptırılma cezası veren buyruğu dinsel ya da ahlaki norm olarak adlandırmak gerekir. Tek çözüm, ya bir norm tarafından verilmiş bir yetki sayesinde yaratıldığı için, ya da içeriği yüksek normdan çıkarılmış olarak kabul edilmesi gerektiğinden bir başka norma uygun olanı norm olarak adlandırmaktır. Başka deyişle, bir norm, ister adli olsun, ister ahlaki ya da dinsel, bir norm sistemine ya da normatif bir sisteme –ki buna normatif düzen de denir– ait olandır. Bir norm eğer adli sisteme ya da düzene aitse adlidir; keza bir norm eğer ahlak sistemine ya da düzenine aitse ahlakidir.

Bununla birlikte, hukukun adli sistem olarak tanımı iki tür güçlük daha yaratır.

A) *Temel norm.* – İlki en yüksek normu tanımlama biçimine yöneliktir. Eğer bir norm yüksek bir norma uygun olduğu için adliyse, bu adli bir norm olmalıdır: Dolayısıyla, daha yüksek bir norma uygun olması gerekir. Örneğin bir

sözleşme bir yasaya uygunsa ve yasa da anayasaya uygunsa hukuksaldır. Ama anayasadan yüksek norm yoktur. Hans Kelsen'in çözümü temel bir norm varsaymaktır.

Temel norm bazı özellikle gösterir. Sistemin diğer normlarının tersine, herhangi bir otorite tarafından ortaya konmuş değildir, yalnızca varsayılmıştır. Ayrıca bunun varsayımsal olduğu da söylenir, ama bilimsel hipotezlere benzer bir hipotez söz konusu değildir. Gerçekten de bu doğrulanamaz. Dahası, böyle bir normun var olmadığı ve pozitif hukukun parçası olmadığı gayet iyi bilinmektedir. Ama bu anayasanın bir norm olduğunu kabul edebilmek için gerekli bir varsayım ya da hipotezdir. Ayrıca, içeriği de yoktur. Tek işlevi anayasayı hukuksal bir norm olarak tanımlama ve tarif etmedir; onu basit bir metin olarak değil, geçerli bir norm olarak kabul etmektir. Bu durumda anayasa yasayı geçerli adli norm olarak tarif edebilir, bu da başka normları tarif edebilir. Böylece, giderek yaklaştıkça, temel norm bütün adli normları tanımlayabilir ve bazı buyruk bütünlerinin normatif bir sistem oluşturmasını sağlayabilir.

Temel norm hipotezi, demek ki, herhangi bir norm bütününün bir hukuk oluşturduğu ve hukuk biliminin konusu olduğu savıdır. Kelsen'in buna dair yapmış olduğu kimi zaman beceriksiz sunumlar nedeniyle, bu teori bazı eleştirilere yol açmıştır. Bununla birlikte, yazarının derindeki düşüncesine uygun olarak yeniden ifade edildiğinde bu eleştiriler reddedilmelidir. Özellikle şu itiraz ileri sürüldü: Anayasanın geçerliliğini temellendiriyor olsa da, temel yasa kendisine itaat edilmesini emreder. Bundan böyle bu teoriyi bir doğal hukuk teorisinden hiçbir şey ayırt edemez,

çünkü her iki durumda da pozitif hukukun zorunlu niteliğinin temeli ortaya konmamış bir normun içinde aranır.

Gerçekte bu itiraz, *geçerliliğin* daima *zorunlu niteliğin* eşanlamlısı olduğu şeklindeki yanlış fikre dayanır. Oysa, gördüğümüz gibi, hukuksal bir norm ancak başka bir hukuksal norma göre zorunlu olabilir. Hukuksal sisteme ait olmayan temel norm, anayasanın zorunlu karakterinin temelini oluşturamaz. Yalnızca ahlaki açıdan anayasanın zorunlu olduğu ileri sürülebilir ve ahlaki buyruklar ileri sürmek ne hukuk bilimine ne meta-bilime aittir. Dolayısıyla anayasanın zorunlu olmadan geçerli olduğu kabul edilebilir. Böylece geçerlilik yalnızca hukuksal sisteme aidiyeti, bir sözcenin hukuksal bir norm yapısına sahip olduğunu belirtir. Genel olarak hukukun olduğu kadar anayasanın da durumu budur. Hukuksal bir normatif düzeni nitelemek, normal normu dile getirmek değildir: *bu düzeni oluşturan normlara uyum sağlamak gerekir.*

Temel norm gerçek bir norm demek değildir, ama epistemolojik bir karardır: Hukuksal bir sistem olarak en yükseği anayasa olan bazı norm bütünlerini ele alma kararı. Biraz önce tarif ettiğimiz parlamento grubunun aldığı resmi kararı sosyolojik ya da psikolojik açıdan değil, hukuksal açıdan ele almayı sağlayan bu karardır.

Temel norm teorisinin totolojik olduğu da ileri sürüldü. *Vergi tahsildarının buyruğu niçin geçerli bir normdur* sorusuna, vergi tahsildarını vergi ödeme emriyle yetkilendiren yasaya referansla cevap verilebileceğini belirterek; *yasa niçin geçerli bir normdur* sorusuna, yasayı geçerli bir norm olarak kabul etmeyi emreden anayasaya gönderme yaparak geçerli kılabiliriz. Buna karşılık, *anayasa niçin ge-*

çerli bir normdur sorusuna Kelsen yalnızca *anayasa geçerli bir normdur çünkü biz onu geçerli addederiz* cevabını verebilir.

Burada da itiraz, *Anayasa niçin geçerli bir normdur* sorusuna cevap vermeyi hiç düşünmeyen temel norm teorisinin kapsamını bilmezden gelir. Geçerlilik, onun için, kökeni ya da temeli aranabilecek bir nitelik değildir. Hukuk önermeleri aracılığıyla tarif etmeye çalışacağı normları özel koşul olarak tarif ederek, hukuk biliminin kendi konusunu tanımlama kararını ortaya koymaya çalışır yalnızca.

Bununla birlikte temel normun bu savunusu yeni bir soruya yol açar: Hukuksal bir sistem olarak ele almanın uygun olduğu normlar bütünü hangisidir? Karar elbette bütünüyle keyfi olamaz ve bu bütünlük bazı nesnel nitelikler sunmalıdır.

B) *Baskı düzeni.* – Madem ki hukuk "normatif sistemler" türünde bir şeydir, onu ahlak ya da din gibi aynı türden başka şeylerden ayırmak gerekir. Kelsen bu amaçla basit bir ölçüt kullanır: Hukuk, zorunlu edimleri, özellikle fiziksel zorunlulukları ceza sıfatıyla buyurur. Hukukun zorun tekeline sahip olduğunu da ekler. Bu elbette ki bütün normların, fiziksel bir zorlama tehdidi altında davranışları düzenlediği anlamına gelmez, ama topyekûn olarak, hukuk insan davranışlarını bu şekilde kurala bağlar. Bu, hukukun dışında gerçekte hiçbir zorlamanın uygulanmayacağı anlamına da gelmez; yalnızca hiçbir zorlama ediminin, eğer bir hukuksal norm tarafından buyurulmamışsa meşru olmadığı anlamına gelir.

Bu durumda iki güçlükle karşılaşılır. Birincisi, daha önce düşünülmüş bir hipotez olarak, bir psikiyatri kliniğin-

de kalanların kaleme aldıkları metinlerden kaynaklanır. Bu bütün, hukuksal bir sistemle büyük benzerlikler gösterir, çünkü sözcelerden her biri anlamını yüksek düzeydeki bir başka sözceyle ilişkisinden alır. Bu durumda, bu bütün için temel bir norm varsaymalı, bu "anayasa"nın geçerli bir norm olduğunu ve hukuksal bir düzenle karşı karşıya olduğumuzu söylemeli miyiz?

Karar olarak temel yasa teorisinin bütün kapsamı bu noktada fark edilir. Bir kararın değeri, içerdiği yarara bağlıdır. Normatif bir sistem için temel bir normu, eğer ona bir hukuk muamelesi yapmak istiyorsak varsayabiliriz ancak, çünkü burada, örneğin bunu hukuk biliminin konusu olarak ele almak gibi, pratik ya da teorik bir çıkar bulunur. Kelsen'in tezi, "kabaca ve genel olarak" etkin bir zorlama düzeni olarak görülen şeyi, –temel bir yasa varsayarak– hukuk olarak adlandırmak gerektiği yönündedir. Bu "kabaca ve genel olarak" ifadesi, bütün normların daima etkin olmalarının imkânsızlığı, ama bütün olarak, bir insan kolektivitesinin hukuka göre davranması gerektiği anlamına gelir. Eğer bu fiili koşul yerine getirilirse, bu sistem hukuk bilimi için ilginç bir konu oluşturur. Dolayısıyla, psikiyatri kliniğinde yatanların faaliyetini hukuka ait olarak kabul etmenin hiçbir nedeni yoktur.

İkinci güçlük tersidir. Vergi memurunun buyruğu ile hırsızınki arasındaki farkı düşündüğümüzde, ilkinin yüksek bir norma uygun davrandığını, oysa ki hırsızın elbette hiçbir norm tarafından yetkilendirilmediğini biliyoruz. Bununla birlikte bu hırsızın mafyatik türde bir örgütlenmenin parçası olduğunu ve bir çete başının emirlerini yerine getirdiğini, onun da bir üstünün olduğunu hayal edebili-

riz. Çeşitli buyruklar hukuksal sisteme benzer bir sistem oluştururlar ve psikiyatri kliniğinde oluşturulan metinlerin tersine, elbette bunlar da etkin sistemlerdir.

Bu güçlüğü aşmak için, hukuksal düzenin zor tekeline sahip olduğunu kabul etmek gerekir; dolayısıyla hırsız çetesinin zorlayıcı edimleri bu açıdan ceza değil, suçtur. Kuşkusuz ki, hırsız çetesi açısından da hukuksal düzenin buyurduğu zorlamaların suç olduğu düşünülebilir. Ama bu durumda, bu iki sistemden hangisinin daha etkin olduğunu araştırmak yeterlidir. Eğer hırsızların sistemi daha etkinse, onu hukuksal bir sistem olarak kabul etmekte (ve hukuk biliminin konusu olarak kabul etmekte) hiç sakınca yoktur, çünkü bu adlandırma ona itaat buyruğuyla eşdeğer değildir. Yine de isyancı bir grubun hükümet tarafından bir hırsız çetesi olarak saptandığı ve böyle muamele gördüğü, sonra da bu grubun toprakların bir bölümü üzerinde kendini dayattığı sık rastlanan bir durumdur. Bu durumda, hukuk bilimi açısından iki etkin hukuk sistemi olduğunu kabul etmek ve bunlardan her biri için temel bir norm varsaymak gerekir.

2. Hart ve kabul kuralı. – Hart'ın akıl yürütmesi temelde farklı değildir. O da hukuku iki tür kuraldan oluşan bir sistem olarak düşünür: bir yanda, bazı davranışları emreden ya da yasaklayan temel ya da ilk kurallar; diğer yanda, ikincil denen ve ilk kuralları yaratmayı, değiştirmeyi ya da ortadan kaldırmayı sağlayan kurallar. İlk kurallar yükümlülük yaratır, ikincil kurallar yetki verir. Ama sistemin parçası olan kuralları nasıl tanımlamalı? Hukuk uygulayıcıları, özellikle mahkemeler, bir *kabul kuralı* uygularlar:

Örneğin İngiltere'de, bir parlamento kararında ifade edilen ya da bir parlamento kararında dile getirilen kurallar sistemin parçasıdır.

Kabul kuralı açıkça ifade edilmiş değildir. Onun varlığı mahkemelerin ve diğer resmi yetkililerin fiili uygulamasından kaynaklanır. Temel norm gibi, kendi başına geçerli değildir ve işlevi başka kuralların geçerliliğini sağlamak değildir; eğer geçerlilikten zorunlu nitelik değil, yalnızca bir kuralın bir sisteme aidiyeti ya da varlığı anlaşılıyorsa, bu istisnai bir durumdur. Hukuk biliminin kendi konusunun sınırlarını belirlemesini sağlayan şey, kabul kuralının saptanmasıdır; çünkü tanımlanması gereken kurallar mahkemelerin tanımladığı kurallardır. Ama, temel normdan farklı olarak, kabul normu önceden varsayılmamıştır; hukuk biliminin saptadığı toplumsal bir uygulamadır.

Temel yasada olduğu gibi, kabul kuralının önceden varsayılmış değil saptanmış olması, hukuk ile hukuk biliminin ayrımını korumayı sağlar. Saptama, gerçekten de, sistemin dışındaki bir bakış açısından işlemiştir, çünkü bu uygulamanın geçerliliğine dair hiçbir yükümlülük içermez.

3. Biçimsel tanım: sistemin yapısı. – Bununla birlikte, ne temel norm ne kabul kuralı başlangıçtaki soruya, hukuk biliminin konusunun sınırları nelerdir sorusuna tam anlamıyla cevap vermeyi sağlar. Temel norm teorisi yetersizdir, çünkü "kabaca ve genel bir tarzda" etkin hukuksal sistemler için böyle bir norm varsayılsa da, hukuksal sistem fiziksel zorlamanın garantisiyle tanımlanmıştır. Oysa, bu şekilde garanti edilmemiş, örneğin uluslararası hukuk ya da kilise hukuku gibi, hukuk olarak adlandır-

manın gelenekten olduğu normatif sistemler vardır. Dolayısıyla, zor kavramını önemli ölçüde genişletme koşuluyla ancak hukuksal sistemler düşünebiliriz.

Özellikle, konu öyle tanımlanmış olmalıdır ki, homojen bir yönteme göre hukuk bilimi tarafından incelenmeye yatkın olabilmelidir. Oysa, zorlamanın garantisi altındaki bütün normatif sistemlerin böyle bir analizi mümkün kılan özellikler sunduğu asla kesin değildir. Örneğin hukuk biliminin normlar tarif etmesi gerektiği ve normların iradi eylemin ifadesi olduğu düşünülse de, zor düzenleri olan, ama öğeleri irade edimlerinin ifadesi olmayan, ilkel denen toplumların hukuku olarak sistemleri konu alamaz.

Kabul kuralı teorisi başka türde bir güçlüğe çarpar. Bu kural mahkemelerin ve diğer kamu otoritelerinin uygulamasına denk düşüyorsa, mahkemeleri ve kamusal otoriteleri nasıl tanımlamalı? Elbette ikincil bir kuralın yetkilendirdiği otoritenin söz konusu olduğu cevabını veremeyiz; çünkü, hipotez gereği, bir tanıma kuralının kullanımından önce, sistemin parçası olan ikincil kuralların neler olduğu hâlâ bilinmemektedir.

Özel bir hukuk tanımı kullanarak, bu güçlüklere bir çözüm bulunabilir. Sorun gerçekten de hukukun doğasına değil, hukuk bilimine verilmesi uygun olan konuya yöneliktir. Konu-yöntem çifti içinde, öncelik sonuçta yönteme düşer.

Hukuk biliminin hukuksal normlar, yani bir sisteme aidiyetleriyle tanımlanan normlar tarif etmesi gerektiği fikri kabul edilirse, dikkate alınması gereken şey, bunların aidiyet tarzıdır. Başka deyişle, önemli olan şey, bütün ola-

rak sistemin maddi özellikleri değildir, örneğin hukukun devletten kaynaklanıyor olması, hukukun zor edimleri buyurması ya da hukukun etkili olmasıdır; normların sisteme dahil olma tarzlarıdır (bkz. III. Bölüm, "Statik Sistemler ve Dinamik Sistemler" adlı alt kesim). Oysa bir norm eğer daha yüksek bir norma uygun olarak tasarlanmışsa (dinamik bakış açısı) ve eğer içeriği daha yüksek bir norma aykırı değilse (statik bakış açısı) bir sisteme aittir. Bir buyruk, eğer bu şekilde hiyerarşikleştirilmiş bir sisteme dahilse, hukuksal bir normdur. Bütün normatif sistemler bu şekilde hiyerarşikleştirilmiş değildir. Ahlak statik bir sistemdir. Tümüyle vekillik üzerinde kurulu bazı politik sistemler dinamik sistemlerdir. Hukuk ise, hem statik hem de dinamik bir sistem olarak nitelenebilir.

Hukukun gerçek doğasına ya da zorunlu karakterine yine isabet etmeyen böyle bir tanım birçok avantaj sunar. Hukuku yapanların, örneğin yargıçların işlem tarzını, örneğin hukuksal dogmatiği anlamayı sağlar. Her iki durumda, üretim tarzı ile bu normun içeriğini bir ya da birçok yüksek normla karşılaştırarak, böyle bir otoritenin bir norm üretmeye ve ona falanca içeriği vermeye yetkili olup olmadığını araştıralım (bkz. *aşağıda*). Aynı şekilde, hukuk biliminin konusunun bir tanımı da oluşturulur, çünkü bu şekilde üretilen normlar hukuksal normlar olsa da bilim tarafından tanımlanabilirler.

Bu tanımın ikinci avantajı, hiçbir ontolojik varsayıma dayanmamasıdır, çünkü hukuksal normlar ya sözce olabilirler ya da bu sözcelerin anlamı ve bu anlam ya bir insan iradesi olabilir ya da nesnel bir "olması gereken." Her koşulda, bunlar tanımlanabilir.

Üçüncü avantaj, bu şekilde tanımlanan hukukun modern devlet hukuku olmasıdır, böylelikle bir iktidar uygulama tekniği olarak anlaşılabilir.

III. – Hukuk biliminin işlevleri

Hukuk biliminin kendi konusundan ayrı olması gerektiği ve bunun tanımlamakla sınırlanması gerektiği bir kez saptandığında, bu konu bir kez tanımlandığında, ne tür bir tanımın var olduğunu ve hangi genelleme düzeyinde yer aldığını belirlemek de gerekir. Elbette ki bu sorunun cevapları hukuk bilimi anlayışlarına ve normların doğasına bağlıdır.

1. Normların tarifi. – Kelsen'e göre, gördüğümüz gibi, hukuk bilimi normları tarif eden önermeler dile getirir. Bu yine de kimi güçlükler içerir. En önemlisi normların kendilerini göstermemesinden kaynaklanır. Tek gözlemlenebilir olan şey, metinler ya da sözcelerdir. Oysa, normlar sözcelerden farklıdır. Onlar yalnızca sözcelerin buyurucu anlamıdır. Örneğin, 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 13. maddesi şöyle kaleme alınmıştır: "Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulunun karara bağladığı düzenleme ve kararları imzalar." Bu, ya cumhurbaşkanının düzenleme ve kararları imzalama (ya da reddetme) *yetkisine sahip olduğu* anlamına gelir ya da bunları imzalamasının *zorunlu olduğu.* Seçilen yoruma göre, 13. madde normlardan birini ifade eder. Başka durumlarda, metnin içerdiği terimler anlaşıldığı için açık seçik olduğu düşünülse bile, herhangi bir özel duruma uygulanıp uygulanmadığı kolaylıkla belirlenemez, çünkü bu terimler

muğlaktır. Örneğin, Fransız Anayasası'nın 16. maddesi cumhurbaşkanının belirli koşullarda –özellikle "anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi kesintiye uğramışsa"– tam yetkili olmasını sağlar. Metin gayet dikkatli okunduğunda, herhangi bir somut durumda bu işleyişin gerçekten kesintiye uğrayıp uğramadığını, dolayısıyla cumhurbaşkanının tam yetkili olmasına izin verilip verilmeyeceğini söylemeye imkân tanımaz. İncelenmesi gereken şey, koşulların kendisidir.

Somut bir durumda geçerli ve uygulanabilir normun hangisi olduğunu her durumda nasıl saptayabiliriz? Burada bir ikilemle karşı karşıyayız.

Öncelikle, metinlerin dile getirdiği normlar ile mantıksal olarak içerdikleri normların neler olduklarını belirleme görevinin hukuk bilimine düştüğünü düşünebiliriz. Ama bu durumda bilim elbette ampirik değildir ve ancak çok geniş bir anlamda bilimdir, çünkü saf anlamda betimleyici olmaktan çıkar. Çünkü bu bilim, bu durumda, geleneksel olarak hukuk dogması denen ve yorumlama ya da değerlendirme olmadan uygulanamayan şeyle doğrudan doğruya çakışır. Örneğin, hukuk dogması cumhurbaşkanının kararları imzalaması gerektiği ya da imzalamayı reddedebileceği sonucuna, anayasal sistemdeki rolünün ne olması gerektiğini dikkate almadan varamaz, ki bu da politik bir değer yargısı gerektirir.

Bu şekilde ortaya çıkartılma iddiasındaki normların, ifade edildikleri sırada hiçbir varlık taşımadıkları, çünkü bir normun ancak ortaya konmuşsa var olabileceğini de eklemek gerekir; oysa hukuk biliminin norm ortaya koyacak niteliği yoktur.

Bu durumda, Kelsen gibi, yalnızca yürürlükteki normları, yani ortaya konmuş normları, iradi eylemlerin anlamı olan normları tanımlama isteği duyulabilir. Ama, öngörülen hipotezde, bir otorite anayasa maddelerini yorumlamadan bu normlar var olamaz. Hukuk bilimini oluşturan şey, demek ki, tanım değil, gerçekçilerin ifade ettiği gibi, bu otoritenin yapacağı şeyin tahminidir.

Gerçekçi anlayışa itiraz olarak, doğa bilimlerinin nedensel bir yasanın ön tanımı temelinde tahminde bulundukları, oysa ki hukuk biliminin hiçbir nedensel ilişki tanımlayamamayacağı söylenebilir.

Üçüncü bir yol ise, hukuk biliminin yalnızca ampirik olarak gözlem yapabileceği tek olguya, yani dile bağlı olması gerektiğini kabul eder.

2. Sözcelerin tanımı. – Yine de hukuk bilimine sözceleri tarif etme işlevi verilemez, çünkü önemsiz basit bir tekrara indirgenmiş olur. Ama buna karşılık, bu dilin yeniden-inşasına girişebilir.

Bu anlayış, esasen, (Kelsen gibi buyurucu değil) betimleyici bir meta-bilimin bakış açısında yer alan Norberto Bobbio tarafından geliştirilmiştir. Dolayısıyla, hukuk bilimini, gerçeklikte var olduğu haliyle, yani hukukçuların, profesörlerin, yargıç ya da avukatların uyguladığı şekliyle betimlemeye çalışır. Oysa bu bilim bütünüyle betimleyici değildir. Tavsiyeleri, yani buyrukları yorumlar ve formüle eder. Dolayısıyla, hukuk bilimi ampirik bir bilim olamaz, ama matematik ya da mantık gibi biçimsel bilimler arasında da yer alamaz, çünkü bir dizi aksiyomdan doğru önermeler çıkaramaz.

Ayrıca, bu faaliyetin bir bilim olmadığı sonucundan kaçınmak için, Bobbio bilim kavramını genişletir. Zaten "hukuk bilimi" terimi yerine, daha sıklıkla, İtalyanca *giurisprudenza* sözcüğünü kullanır. Bu kelime, tam olarak, hukukçuların hem betimleyici hem de buyurucu faaliyetlerini belirtir. Bu faaliyet, "bilim"den, Viyana Çevresi'nin araştırmalarına uygun olarak, "başlangıç önermeleri ve önermelerin dönüşüm kuralları doğru tanımlanmış olan ve ortaya konmuş öncüllerle ve verili kurallarla birlikte tutarlı biçimde gelişen bir önermeler sistemi"ni (Villa,1991, s. 94) anlamak koşuluyla bilimsel diye adlandırılabilir. Başka deyişle, bu kesin ve bağdaşık bir dildir. Hukuk biliminin görevi, pozitif hukukun sözcelerinin kesinlikten yoksun dilinden yola çıkarak böyle bir dil inşa etmek olur.

Bu anlayışa da itiraz edilebilir: Hukuk bilimi ampirik bir bilim olmasa da, yine de ampirik bir referansının olması gerekir. Oysa durum böyle değildir, çünkü yeniden-yapımdan sonra eriştiği sözceler başka sözceleri betimleyen önermeler ifade etmez. Tersine, bunları normları betimleyen önermeler olarak anlasak da, ortaya konmuş norm yoktur.

Bu durumda, iki farklı faaliyeti birbirinden ayırt etmeyi düşünebiliriz: Bobbio tarzında nitelenen hukuksal dogmanın faaliyeti ile hukuk biliminin faaliyeti.

3. Hukuk bilimi ile hukuksal dogma ayrımı. – Yargıçların faaliyetine "hukuksal dogma" adının verildiği yerler, hukukun yaratılmasında yargıçların rolünün asgari olduğu, yazılı hukuk ülkeleridir özellikle. Bu faaliyet, genel kurallar ifade eden metinlerden yola çıkarak, bu kuralların uygulandığı durumların hangileri olduğunu ve belirli

bir durumda uygulanabilir kuralların hangileri olduğunu belirleyecek şekilde hukuku örgütlemeyi ve sistemleştirmeyi hedefler. "Dogmatik" olarak adlandırılmasının nedeni, yasa koyucunun rasyonel olduğu; sözcelerin bir anlamı olduğu, bu anlamın keşfedilebileceği; sistemin eksiksiz olduğu (yani ya pozitif hukuk hiçbir boşluk ya da çelişki içermemektedir, veyahut bu boşluk ya da çelişkiler bazı yöntemler sayesinde ortadan kaldırılabilir); ve herhangi bir özel duruma uygulanabilir normún mantıksal bir akıl yürütmeyle bilinebileceği şeklindeki, tartışma konusu edilmeyen bazı fikirlere katılımı gerektirmesindendir.

Bu fikirler doğru değildir; hukukçular kendi çalışmalarını değer yargıları ifade ederek ve tercihlerde bulunarak, yani kendi iradelerini uygulayarak ve öznel tercihlerini belirterek yerine getirebilirler.

Hukuksal dogma demek ki bilimsel değildir. Yine de bu onun meşruluğunu bozmaz. Hatta olmazsa olmazdır ve hukuk sistemi o olmadan işleyemez. Yargıçlara hem uygulanabilir normlar belirleyecek araçlar sağlar, hem de uygun olarak görülen akıl yürütme tarzlarının sistemleştirilmesini, ahlaki ve politik bir meşruluğu sağlar. Gerçekten de, yargıçların ya da idarecilerin belli bir duruma hangi yasanın uygulanabileceğini bildikleri varsayılmasaydı, tercihlerine göre karar verme şeklindeki keyfi yetkiye sahip olduklarını kabul etmek gerekirdi. Bu durumda yargıçlar kararlarını rasyonel olarak doğrulayamazlar ve kendine "hukuk devleti" diyen bir sistemde, bu kararlara uymanın yasaya dolaylı olarak uymak anlamına geldiğini ileri sürmek imkânsız olur.

Hukuksal dogma ortadan kaldırılamayacağından, Kelsen gibi onun yerine gerçek bir hukuk bilimi koymayı is-

temek yerine ya da Bobbio gibi onu kesin ve bilimsel kılmayı istemek yerine, hukuk biliminin onun yanında yerini bulduğunu ve farklı niteliklere büründüğünü kabul etmek gerekir.

Hukuk bilimi ile hukuksal dogmatik arasındaki farklılık konuyu ve yöntemi ilgilendirmektedir. Konuyu ilgilendirir, çünkü hukuk bilimi yürürlükteki norma yöneliktir; dogma ise uygulanabilir norma. Yöntemi ilgilendirir, çünkü hukuk bilimi betimler, dogma ise buyurur.

Yürürlükteki norm bir sözcenin anlamıysa, bu anlam yerleşmediği sürece norm yoktur (bkz. IV. Bölüm'deki yorumlar üzerine açıklamalar). Ayrıca, madem ki yalnızca sözcenin yaratıcısı var, yasa koyucuyu normun yaratıcısı olarak kabul etmemeli miyiz? Yürürlükteki bir normu betimlemek, bir sözcenin üretim edimini betimlemek demek değildir, bu sözcenin kendisi de değildir, ama kamusal bir otoritenin, örneğin bir mahkemenin, bu sözceye bir anlam atfetme edimidir. "Hukuksal yorumlama" olarak adlandırılan bu edim, sözceye belli bir nesnel anlam verme yönündeki resmi yükümlülüğü yaratır.

Hukuksal dogma yürürlükteki normları betimlemekle sınırlı kalamaz. Tıpkı *Fransız sivil hukukunun istenç özerkliği ilkesi üzerinde temellenmesi* gibi hukuksal dogma için de pozitif hukuku sistematikleştirmek ve sentetik bir biçimde sunmak söz konusu olsa da, hukuksal bir yorumlama edimini betimleyerek buna varamaz, çünkü hiçbir edim bu anlamı bir sözceye, hatta bir sözceler bütününe resmen atfetmemiştir. Bu ilkeleri, ya yürürlükteki çok sayıda normdan yola çıkarak genelleme yoluyla ya da yasa koyucuların esinlendiği ideolojinin betimlenmesiyle bizzat kendisi ifade etmelidir.

Aynı şekilde, yürürlükte uygun bir normun olmadığı yeni bir problemin çözümüne yardım etmek isteyebilir. Yalnızca genel sözceler mevcuttur, bunlar resmi bir yorumlamanın konusu olmamışlardır ve dogmanın özellikle birini salık vermesi gerekir. Böyle bir yorum var olsa bile, bundan kaynaklanan anlam, aranan özgül norm değil, genel bir normdur. Genel normdan ya da genel sözce için önerilen anlamdan yola çıkarak özel bir çözüm elde edilebilir. Bütün bu işlemler buyruktur ve değer yargılarını varsayar. Dolayısıyla hukuksal dogma bir bilim olduğunu iddia edemez; çünkü tahminlere dayanmaktadır ve belirtici önermeler değil, buyruklar verir.

Buna karşılık, hukuk bilimi ampirik bir bilim olarak kalır. *P'nin zorunlu olmasına yol açan bir norm vardır* şeklindeki hukuk önermesi ampirik bir olguyu betimler, bu edimle bir otorite bir sözceye (ya da sözceler bütününe) *p*'nin zorunlu olduğu anlamını atfeder. Bu önerme ampirik olarak doğrulanabilir. Betimlediği olay gerçekten vuku bulduysa doğrudur.

Diğer yandan, yalnızca yorumlama edimi sürecini betimlemekle kalmaz, buraya götüren süreci de, yani kararı belirlemeye katkıda bulunmuş olan zorunluluklar bütününü de betimler.

4. Nedensellik ve isnat. – Ampirik bir hukuk bilimi inşasına bağlı güçlüklerden biri, ampirik bilimlerin görüngüleri betimlemekle sınırlı kalmamasından, ama nedenlerini aramasından kaynaklanır.

Gördüğümüz gibi, hukuk toplumsal olgulara indirgense de bu olgulara nedensel açıklamalar elbette aranabilir, ama

o zaman sosyolojinin bir dalına indirgenen ve hukukçuların düşünüş tarzını ve hukukun özgüllüğünü kavrama yetersizliği içinde bulunan hukuk biliminin özgüllüğü yitirilir.

Tersine, normları betimleyen bir bilim nedensel bir bilim olamaz. Bu imkânsızlığı gayet güçlü bir şekilde vurgulayan Kelsen'dir. Gerçekten de nedensellik iki olgu arasındaki bir ilişkidir. Bu ilişki, *eğer A'ysa, o zaman B'dir* biçimindedir; öyle ki eğer birinci olgu meydana gelirse, ikincisi de ister istemez meydana gelir. Örneğin, *suyu 100° C'ye ısıtırsanız kaynar.* Bir norm da iki olgu arasında bir ilişki kurar, ama öyle ki, eğer birincisi meydana gelirse ikincisi de meydana gelmek zorundadır. Örneğin, *eğer biri hırsızlık yaparsa hapisle cezalandırılmalıdır.* Bu ilişki, "*eğer A varsa, o zaman B de olmalıdır*" şeklindedir ve Kelsen bunu *isnat* olarak adlandırır. Zorunlu değildir; çünkü birinin hırsızlık yapıp da cezalandırılmadan kalması da gayet mümkündür. Nedensel ilişki doğa bilimleri tarafından betimlenebilirken isnat ilişkisi betimlenemez, yasa tarafından yaratılmıştır, buyrulmuş bir ilişkidir. Nedensel bir ilişkiyi betimleyen önerme, eğer ikincinin değil birinci olgunun meydana geldiği tek bir vaka olarak ortaya çıkarsa yanlış olarak kabul edilmelidir, oysa ki norm –ki bunun ne doğru ne yanlış olduğu bilinmektedir–, ikinci olgu meydana gelmese de, yani uygulamalı değilse de geçerliliğini yitirmez.

Bu noktada, doğa bilimleri ile hukuk bilimi arasındaki farklılık henüz yerleşmemiştir, yalnızca doğa bilimleri ile hukukun kendisi arasında farklılık vardır. Bununla birlikte, Kelsen'e göre, hukuk bilimi, normlar değil önermeler ifade etse de, nedensel bir bilim olamaz, çünkü, tıpkı normların nedensel ilişki ortaya koymaması gibi, iki norm

arasındaki ilişki de neden-sonuç ilişkisi değil, isnat ilişkisidir. Örneğin anayasa şunu buyurur: *Parlamento bir metni kabul ettiğinde, bu metin yasa hükmündedir.* Dolayısıyla, *eğer A'ysa, o zaman B olmalıdır* biçimindedir ve yasa ile anayasa arasındaki ilişki bir isnat ilişkisidir.

Aynı şekilde, normlarla olgular arasında ilişki yoktur, çünkü böyle bir ilişki ancak iki olgu arasında olabilir. Kuşkusuz ki bir norm genellikle insanların buyrulan davranışı benimseyecekleri umuduyla ifade edilir, ama, durum böyle olsa bile, onların yeni tutumlarının nedeni normun kendisi değil, norma dair bilinçleridir, yani psişik bir olgudur. Bunun kanıtı, bir normun var olduğu yanılsamasına kapılabilecekleri ve tutumlarını bu hayali norma uygun kılmak için değiştirebilecekleridir.

Normu bir olguya indirgemek kabul edilse de, örneğin başka insanların belli bir biçimde davranmaları yönünde bir insanın iradesinin ifadesi, nedensel bir ilişkinin yerleşmesi olarak analiz edilemez, çünkü bir başkasının belli bir tutum benimsemesi istenebilir ama bu tutuma neden olunamaz. Dolayısıyla, nedensel ilişkiler olarak anlaşılabilecek olan şey, başka olgularla bu normlar arasındaki ilişkilerdir yalnızca. Hukuk sosyolojisini oluşturan da özellikle budur.

Böylece, hukuka özgü bir nedensellik düşünmek için, hem normları olgulara, yani bazı insanların iradelerini dile getirme edimlerine indirgemek gerekir, hem de bu farklı edimler arasında nedensellik ilişkisinin olup olamayacağını araştırmak gerekir.[4]

4) V. Champeil-Desplats, Chr. Grzegorczyk, M. Troper (yönetiminde), *Les contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2003 yılında yayımlanacak.

III. Bölüm

HUKUKUN YAPISI

Hukuku hukuksal normların bütünü olarak tanımlamak sık rastlanan bir durumdur. Böyle bir tanım, bu öğelerin, yani normların oluşturdukları bütünün özelliklerini incelemeden önce bunların doğasının sergilenmesini buyurur gibidir. Gerçekte, bütünü öğelerinden yola çıkarak tanımlamanın imkânsızlığı hemen görülebilir, çünkü bu öğeler kendi karakterlerini bu bütüne aidiyetlerinden almaktadırlar.

I. – Hukuksal normlar

1. Hukuksal normların tanımı. – İşlevsel bir "hukuksal norm" kavramını tanımlama yönündeki en eksiksiz çaba, onları "norm" türünün bir çeşidi görmekten ibarettir. Normların kendileri direktifler sınıfına dahildir, yani başkasının davranışı üzerinde etkide bulunmaya çalışılan dilsel edimlerdir. Ama buyruklar sözcelerle karıştırılamaz. Bunlar yalnızca dilin bir işlevine denk düşerler ve sözce-

lerin anlamını oluştururlarken, bu anlamın herhangi bir dilsel biçime bağlı olması şart değildir (bkz. Bölüm II).

Direktifler az ya da çok güçlü olabilir. Emir olabileceği gibi, öğüt, davet, telkin, yakarı biçimlerini de alabilir. En güçlü direktifler, örneğin bir şeyi yapma ya da yapmama buyruk ya da emirleri, talimat olarak adlandırılır. Normlar ise, belli bir sistem içinde geçerli ya da zorunlu direktiflerdir.

Talimatların çoğunda, kelimenin tam anlamıyla buyruk olmayan direktifler de yer alır. İzinler ve yetkilendirmelerdir bunlar. Yine de, bu direktifleri buyruğa indirgeme teşebbüsleri görülür. Örneğin kimileri iznin, önceki bir yasağın en azından kısmen ortadan kaldırılması ya da belli bir davranışı cezalandırmama vaadi, hatta ne belli bir tutumu ne de tersini emretmeme olgusu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Örneğin, *sigara içmek serbesttir*'in anlamı, *sigara içmek zorunlu değildir, içmemek de zorunlu değildir*'dir. Birine norm üretme gücü veren yetkilendirme için de aynısı söylenebilir. Bazıları yetkilendirmeyi izne indirgemeye çalışsa da, bunun özerk bir kategori olduğunu kabul edenler de vardır.

Deontik mantığın kurucusu Von Wright'ın düşüncesini izleyerek, normları şu öğelerle niteleyebiliriz:[1]

a) Nitelik; yani bir eylemin zorunlu, yasak ya da izinli olarak belirlenmesi.

b) İçerik; yani zorunlu, yasak ya da izinli olan eylemin kendisi – örneğin cinayet işlemek, vergi ödemek, evlenmek, sigara içmek vs.

1) G. H. Von Wright, *Norm and action. A Logical Enquiry*, Londra, Routledge, 1963.

c) Uygulama koşulları; yani eylemin gerçekleşmesi gereken durumlar. Eğer koşullar içerik tarafından yalnızca varsayılmışsa norm *kesindir*. Örneğin, *kapıyı kapa* kesindir, çünkü bir kapı olduğu ve bunun açık olduğu varsayılır. Buna karşılık, davranışın zorunlu, yasak ya da izinli olması için bir araya getirilmesi gereken başka koşullar belirtildiğinde, *varsayımsaldır*. Bu, Kelsen'in, *eğer A'ysa, o zaman B olmak zorundadır* biçiminde belirttiği norm fikridir. Örneğin, *eğer biri hırsızlık yapıyorsa, hapisle cezalandırılmalıdır*.

d) Normu belirten otorite. Normların –kaynağı, buyrulan eylemi bizzat yerine getirmesi gereken kişiyse– *özerk* olduğu, bir başkasından kaynaklanıyorlarsa *heteronom* olduğu söylenebilir.

e) Özneler; yani normun yöneldiği kişiler, eylemi yerine getirmesi gerekenler. Normlar genel ya da bireysel olabilir. Eğer yöneldikleri kesim bir özneler sınıfıysa, örneğin bütün ücretliler ya da bütün babalarsa, bu normlar geneldir ve "kural" olarak adlandırılır. Sınıf tek bir kişiyi içerse bile normlar genelliğini korur. Örneğin, *Cumhurbaşkanı yasaları resmen ilan eder*'in yöneldiği kesim, cumhurbaşkanlığı görevini yerine getiren her bir kişidir. Normlar, yöneldiği bir ya da birden çok kişi özellikle adlarıyla belirtilmişse bireyseldir; örneğin, *adları aşağıda belirtilmiş kişiler seçilmiştir*.

Bu ayrım, pozitif hukuk açısından önemlidir, çünkü bazı hukuksal sistemlerde genel normlar ile bireysel normlar aynı rejime tabi değildir. Hukuk teorisi açısından da durum budur, çünkü yalnızca kuralları ele almakla kalmamayı ve özel hukuk yükümlülüklerinin kamusal hukuk yükümlülüklerinden farklı bir alandan kaynaklanmadığını kabul etmeyi de sağlar; örneğin sözleşmelerden kaynakla-

nan yükümlülükler yasanın dile getirdiği yükümlülüklerden farklı nitelikte değildir.

f) Durum; yani eylemin cereyan etmesi gereken uzamsal-zamansal yer.

g) Resmen ilan; yani normun, yöneldiği kesimin yükümlülüğünün içeriğinden haberdar olmasını sağlayacak yazılı ya da sözlü olarak veya davranış dili gibi bir semboller sistemi dolayısıyla ifadesi.

h) Müeyyide; yani yöneldiği kesimin buyruğa uymaması durumunda onlara yönelik tehdit.

Burada, bütün normların genel karakteri söz konusudur. Bunlar, kimilerine göre, (ahlaki, dinsel, toplumsal ve hukuksal) çeşitli norm türleri arasında ayrım yapmayı sağlamalıdır. Örneğin, içerik söz konusu olduğunda, hukuk dışsal tutumları yönetirken, ahlak içsel tutumları yönetir; ahlaki normlar kesindir, hukuksal normlar varsayımsaldır, ahlak normları yalnızca içsel bir müeyyide (vicdan azabı ya da toplumsal kınama) içerirken, hukuksal normların dışsal bir müeyyidesi vardır ve bu da özellikle fiziksel zorlamayı kapsar.

Bu teşebbüsler yine de tatmin edici değildir: Yalnızca hukuksal normlara özgü olan karakterleri ayrıştırmayı gerçekten başaramayız. Örneğin, hukuksal norm varsayımsal olsa bile, hukuksal olmayan normlar da varsayımsaldır. Bu ölçüte bağlı kalınırsa, örneğin, *yağmur yağıyorsa şemsiyeni almalısın*'ı hukuksal bir normdan ayırt edemeyiz.

Aynı şekilde, normlar içerikleriyle de ayırt edilebilir, çünkü hukukun düzenleyemeyeceği insan eylemi yoktur. Hatta zorunlu (soluk almak) ya da imkânsız (kuşlar gibi uçmak) eylemlerin bile hukuksal bir normun konusu ola-

bileceğini düşünenler vardır. Zorunlu eylemler yasaklanabilir, imkânsızlar ise mahkûm edilebilir. Bunların zorunlu ya da imkânsız olmaları olgusu, yalnızca müeyyidenin daima uygulanması gerektiği anlamına gelir.

Yine aynı şekilde, normu dile getiren otoriteye göre ayrım yapmak da imkânsızdır. Bazı teorilere göre hukuksal norm, kaynağını doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak hükümrandan alır. Bununla birlikte, hükümranı, yalnızca emretme hakkı olduğunu ya da ona itaat edildiğini ileri sürerek tanımlayabiliriz. Böylece, ilk durumda, norm kendine özgü bir karakterle değil, bir başka norma referansla (hükümrana yetkisini veren norm) tanımlanmıştır, ikincisinde, hukuksal norm, *katolikler papaya itaat ederler* şeklindeki herhangi bir toplumsal normdan ayırt edilemez.

Ama en sık anılan nitelik, özgül bir müeyyidenin varlığıdır. Ahlaki normlardan farklı olarak, hukuksal norm dışsal bir müeyyideyle garanti altına alınacaktır; basit toplumsal normların müeyyidesinden farklı olarak, hukuksal müeyyide kurumsallaşır, yani önceden belirlenir ve özelleşmiş organlar tarafından kabul ettirilir.

Bununla birlikte, hukuksal normu ait olduğu normatif sistemden bağımsız nitelemek için yeterli bir ölçüt sunmaz.

Gerçekten de, hırsızın *ya paranı ya canını* buyruğunun dışsal bir müeyyide içerdiği gözlemlenebilir. Ayrıca, ödüllendirme gibi olumlu türde çok geniş bir müeyyide kavramı benimsense bile, örneğin yetki verenler ya da bazı hukuksal etkileri yaratma tarzını belirleyenler gibi, her türlü müeyyideden yoksun çok sayıda hukuksal norm da vardır. *Parlamento yasayı oylar* ya da *her insanın evlenme hakkı vardır* şeklindeki normlar elbette hiçbir müeyyide içermez.

Hırsızın kurbanına yönelik tehdidindeki müeyyidenin kurumsallaşmış olmadığı itirazı yöneltilebilir, ama kurumlaşma özellikle cezanın normu ifade edenden başka bir otorite tarafından yerine getirileceğini belirtir. Dolayısıyla bu, bir sistemle ilişkisiyle tanımlanmıştır.

Keza, yetki veren normların da bir müeyyidenin dengini –hükümsüzlük– içerdiği değerlendirmesi yapılabilir. Örneğin, parlamentodan başka bir otorite tarafından ya da buyrulan prosedürden farklı bir prosedür sonucu benimsenen bir yasa geçerli olamaz tıpkı başka bir prosedüre göre yapılan bir nikahın geçerli olmaması gibi. Dolayısıyla bir mahkeme bu normların hükümsüzlüğünü ilan edebilir.

Ama burada da, bu normlar tek tek tanımlanmamıştır. Bunlar norm parçalarıdır ya da Kelsen'in deyişiyle, "bağımsız olmayan" normlardır. *Parlamento yasayı oylar* şeklindeki norm, gerçekten de, ancak fiilen oylanan yasanın içeriğiyle bağlantılı olarak norm şeklinde anlaşılabilir. Bu yasa hırsızların hapisle cezalandırılması gerektiğini düzenliyorsa eğer, bu durumda eksiksiz norm şu şekilde yeniden oluşturulmalıdır: *Parlamento bir yasayı oyluyorsa ve eğer bu yasa hırsızların hapisle cezalandırılması gerektiğini düzenliyorsa, bu durumda hırsızlar hapisle cezalandırılmalıdır.*

Genel olarak, kurumsallaşmış cezadan söz edildiğinde, en azından üç norm hedeflenir. Öncelikle, *eğer A'ysa, bu durumda B olmalıdır (biri hırsızlık işlerse, hapisle cezalandırılmalıdır)* diye buyuran genel bir norm. Ardından, bir mahkemeye, hapis cezaları verme yetkisi atfeden bir norm. Son olarak da, bireysel bir norm olan ve bu mahkemenin müeyyide uygulamasını (*hırsız X bir hapis cezasına çarptırılmalıdır*) sağlayan hüküm. Bu sunum aslında son derece

sadeleştirilmiştir. Özellikle mahkeme heyetini oluşturan kişilerin atanmasını sağlayan normlar ile X'in kovuşturulduğu, ardından mahkemeye çıkarıldığı normları da eklemek gerekir. Bütün bu normlar bir sistem oluşturur. Bunların her biri, kendine özgü nitelikleri nedeniyle değil, diğerleriyle ilişkileri nedeniyle hukuksal bir norm olarak tanımlanabilir. Bu koşullarda, kendisinin de bir yükümlülük buyurması pek önemli değildir. Hukuksal olmak için, hukuksal diye adlandırılan normatif bir sistemin parçası olması yeterlidir.

Dolayısıyla başlangıçtaki tanımı düzeltmek gerekir. Bobbio'nun yazdığı gibi: "Hukuk, hukuksal normların derlemesi değildir, normların koordineli bir bütünüdür; bir norm asla tek başına bulunmaz, daima başka normlara bağlıdır ve onlarla birlikte normatif bir sistem oluşturur." Böylece perspektif tersine çevrilmiş olur. Hukuku kendi öğeleriyle, hukuksal normlarla artık tanımlayamayız, tersine, hukuksal normlar hukuk sistemine aidiyetleriyle tanımlanır.

Bu şekilde, problemin yalnızca ertelendiği ve hukuku ya da adli sistemleri diğer normatif sistemlerden ayırt etmek gerektiğini düşünmek mümkündür. Ama bu çok daha kolay bir iştir; bunun nedeni hem Kelsen tarzında, hukuku zor kullanmanın topyekûn güvencesi altındaki normatif bir emir olarak tanımlamanın mümkün olabilmesidir, hem de bu sistemin tüm diğer normatif sistemlerden farklı bir yapı sunuyor olmasıdır. Bundan böyle bu yapıyı hukuk tanımının ölçütü olarak ele almak mümkündür.

Bununla birlikte, bu yapıyı tarif etmeden önce, hukukun yalnızca normlardan ibaret olmadığını ileri süren bir tezi de incelemek önemlidir.

2. Normlar ve ilkeler. – Bu tez günümüzde esasen Ronald Dworkin tarafından savunulmaktadır. İlkeler ile normlar arasındaki ayrımı saptamak için, Dworkin 1889 yılında New York istinaf mahkemesinin "Riggs Palmer'a karşı" davasındaki kararına dayanır (Dworkin, 1996, s. 80). Bir adam mirasına konabilmek için büyükbabasını öldürür. Yakalanır ve hapse mahkûm edilir ama yine de onun mirasına konmayı ummaktadır, çünkü büyükbabası ölmüştür ve vasiyeti onu mirasçı olarak belirtmektedir. Yürürlükteki kurallara göre, iddiası tamamen sağlam temellere dayanmaktadır. Mahkeme yazılı olmayan bir ilkeye gönderme yaparak yine de onu reddeder. Bu ilkeye göre, kimse yaptığı kötülükten yarar sağlayamaz.

Dworkin bu örnekten şu dersleri çıkartır:

a) Bir otoritenin iradesini ifade eden belirgin kurallardan ya da normlardan farklı olarak ilke belirgin değildir, yargıç tarafından keşfedilir;

b) Buyrulan tutumu benimseyerek ya da benimsemeyerek bir norma uymak ya da uymamak mümkünken, ilkeye itaat kademeli olabilir;

c) İlke ahlaki niteliktedir;

d) Evrensel değildir, çünkü yapılan kötülükten yararlanmanın mümkün olabileceği durumlar da vardır;

e) İlke, geçerli bir kuralın uygulanmasını erteleyebilir ya da bu kurala istisnalar getirebilir.

Normlardan farklı adli ilkelerin varlığı sorunu, Dworkin'e göre önemli bir koz içermektedir, çünkü ona göre bu, pozitivizmi tartışma konusu etmektir.

Gerçekten de pozitivizmin tezine göre hukuk ortaya konmuş kurallar bütünüdür ve yargıçların görevi bunla-

rı ele aldıkları ihtilaflara uygulamaktır. Bununla birlikte, çetrefil davalarda olduğu gibi, yürürlükteki kurallar çözüm sağlamadığında, yargıçlar bunlardan birini keyfi olarak seçmek zorundadırlar. Dworkin'in tezi, tersine, çetrefil vakalarda bile yargıcın yürürlükteki hukuk içinde çözümü her zaman bulabileceğini kabul etmeye yöneltir. Uygulanabilir bir ilke bulması yeterlidir. Çoğu zaman, ortada belirgin bir ilke olmayacaktır. Yargıç bunu hukukun bütününden yola çıkarak bir soyutlama çabasıyla keşfeder. Gerçekten de, ilkeler kuralların temelini oluşturduğundan, kuralların bilinmesi bunların temelindeki ilkelerin keşfine yol açabilir. Böylece, her ihtilaf için tek bir doğru çözüm, tek bir "doğru cevap" olur ve yargıç hiçbir keyfi yetkiye sahip olamaz.

Bir başka pozitivist tez, istencin ürünü olan hukuk ile saf bilgi olan hukuk biliminin ayrımıyla ilgilidir. Dworkin'in tezi bu ayrımı reddetmeye yöneltir, çünkü ilkeler ortaya konmuş değil keşfedilmiştir ve bir ilkenin varlığı ve içeriğiyle ilintili sav, bir yargıçtan kaynağını alsa bile doğru da olabilir yanlış da.

Üçüncü bir pozitivist tez, gördüğümüz gibi, hukuk ile ahlakın ayrımına yöneliktir ki Dworkin buna itiraz eder, çünkü hukukun parçası olan ilkeler ona göre ahlaki niteliktedir.

Bununla birlikte, bu teori ciddi itirazlara maruz kalır. Öncelikle, normların içerikleri çeşitli olabilir, az ya da çok genel olabilirler ve az çok kesinlikle davranışlar dayatabilirler. İlkelerin belirgin bir tutum dayatmamaları olgusu, bunların norm olmadıkları anlamına gelmez.

İkinci olarak, yargıcın ilkeleri "bilebileceği" ve "doğru cevap"a erişebileceği de doğru değildir. İlke bir ya da bir-

çok kuralın temelini oluşturuyorsa, bunun nedeni, bunların o ilkeden kaynaklanabilir olmasıdır. Oysa aynı kural birçok farklı ilkeden çıkartılabilir ve Dworkin yargıcın yürürlükteki kuralları "mümkün olan en iyi şekilde doğrulayacak" ilkeyi keşfetmesi gerektiğini kabul etmelidir. Başka deyişle, ilkenin ileri sürülmesi yargıcın değer yargısının ve tercihlerinin ifadesidir. Bu bir karardır ve doğru ya da yanlış olmaya gerçekten yatkın değildir. Tek doğru olduğu için ya da ahlaki bir normu yansıttığı için değil, yargıç yüksek bir norm tarafından ihtilafları çözmeye yetkili kılındığı için geçerlidir.

Sonuç olarak, hukukun ve ahlakın ayrılığına dair pozitivist tez, hukuksal normların içeriğinin ahlaki normların içeriğine asla denk düşmediği anlamına gelir. Oysa, tersine, böyle bir denkliğe sık rastlanır, çünkü hukuksal normlar insanlar tarafından ortaya konulmuştur ve bu insanlar başkalarının davranışlarını tercih ettikleri ahlak kurallarına tabi kılmaya çalışırlar. Pozitivistler bir normun adli karakterinin onun ahlaki bir norma uygunluğundan bağımsız olduğunu ileri sürerler. Bir normun adli olması için ahlaki bir norma uygun olması gerekmez, keza ahlaki norma aykırı diye de adli doğasını yitirmez. Adli ilkelerin ahlak ilkelerine benzer olması, içlerinde ahlaki bir doğanın olduğu sonucuna varmayı sağlamaz.

İlkeler normlardan başka şey değildir, bu normlar da diğer normlardan daha yüksek bir genelleme olmalarıyla ya da muğlak veya programa uygun nitelikleriyle ayrılırlar. Kuşkusuz ki yazılı olabilecekleri gibi sözlü de olabilirler, açık ya da zımni de olabilirler, ama bu başka normlarla ortak olarak sahip oldukları bir özelliktir. Uygulamada, kimi

normları kâh "ilke" sözcüğüyle, kâh "kural" sözcüğüyle belirtmek yaygın bir durumdur. Örneğin, "güçler ayrılığı ilkesi"nden ya da "güçler ayrılığı kuralı"ndan farksızca söz edilir.

II. – Normların hiyerarşisi

Dolayısıyla, normu tek başına tanımlamanın mümkün olmadığı, ancak hukuk sistemine aidiyetine bağlı olarak tanımlanabileceği saptanmış oldu. Ama bu sisteme ait olduğunu nasıl bilebiliriz?

1. Hukuk sistemine aidiyet. – Norm bir sözcenin anlamıdır. Ama herhangi bir sözce, bunu ifade eden için ve hatta işiten için bir norm anlamı taşıyabilir. *Ya paranı ya canını*, hırsız için de soyulan için de, soyulanın parasını hırsıza vereceği anlamına gelir. Doğal bir dilde anlamdan yoksun bir ifade bile bir norm anlamı taşıyabilir; yeter ki, en azından, bu normu dile getirenin ya da işitenin bildiği bir koda denk düşsün. Bununla birlikte, ancak öznel norm anlamları söz konusudur ve bu şekilde buyrulan tutum hukuksal olarak zorunlu değildir. Hatta yasak bile olabilir. Hiçbir hukuksal norm ifade edilmemiş olabilir.

Böyle bir norm, eğer bir sözce yalnızca yaratıcısının bakış açısından bir normun öznel anlamına sahip olmakla kalmayıp, yüksek bir normun bakış açısından da bir normun nesnel anlamına sahipse vardır ancak. Daha önce de gözlemlediğimiz gibi, hırsızın emri ile vergi memurunun emri aynı öznel anlamı taşısa da (emrin yöneldiği kişi pa-

rayı vermelidir), yalnızca vergi memurununki, vergi mükelleflerinin memura talep ettiği miktarı ödemesini emreden yasa açısından nesnel bir norm anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla, vergi memurunun emrinin yüksek bir norma, yasaya uygunluğu, onun bir norm olduğunu ileri sürmeyi sağlar. Aynı şekilde, yasa, anayasaya uygun olduğu için bir normdur. Normların sayısı hiyerarşide yükseldikçe azaldığından, Kelsen'in görüşlerini izleyerek, adli sistemi, doruk noktasını anayasanın oluşturduğu bir piramit imgesiyle temsil etme alışkanlığı vardır.

2. **Statik sistemler ve dinamik sistemler.** – Günümüzde yaygın olarak kullanılan "normlar hiyerarşisi" deyimi, orduyu model alan bir hukuk tasarımına yönelttiği ölçüde yine de aldatıcıdır. Bir orduda insanlar öncelikle askerdir, sonra belli bir rütbeleri vardır ve bu da değişebilir. Askeri hiyerarşi bir emir düzeninden başka bir şey değildir. Tersine, normlar hiyerarşinin dışında var olamaz ve bunların hiyerarşik oldukları söylenemez. Yalnızca adli sistem –başka deyişle, hukuk– böyledir. Ayrıca, normların hiyerarşikleşmiş olduklarını söylemek, bazı buyrukların, yüksek denen başka normlarla ilişkileri nedeniyle norm olarak kabul edilmeleri gerektiğini belirtmenin dildeki bir tarzıdır.

Bir normun yüksekliği –yani hiyerarşide işgal ettiği mertebe– en azından iki biçimde düşünülebilir.

Kelsen gibi, bu mertebenin normun bir niteliği olduğu, bunun da üst mertebe tarafından belirlendiği kabul edilebilir. Eğer yasa anayasanın hemen altına ve kararnamenin hemen üzerine yerleştirilmişse, bunun nedeni, anayasa-

nın, parlamento kararına norm anlamı verdiğinde ona bu yeri atfetmesidir.

Ama aynı zamanda, gerçekçi bir bakış açısından, bir normun bir başkası üzerindeki üstünlüğünün, çelişki durumunda, ikincisinin bir mahkeme tarafından geçerlilikten yoksun bırakılabileceği anlamına gelmesidir. Bu durumda, üstünlük mahkeme kararından ve bu mahkemenin onu aklamasından kaynaklanır. Örneğin, 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın giriş bölümünün anayasal düzende bir norm anlamı taşımasının nedeni, Anayasa Konseyi'nin, giriş bölümüne aykırı yasaların anayasaya aykırılığına ve resmen yasa olarak ilan edilemez olmasına karar vermiş olmasıdır.

Yüksek norm ile aşağı norm arasındaki ilişki de karmaşıktır. Kelsen iki tür ilişki ayırt eder: Statik tip ve dinamik tip. Kelsen dinamik tipi şu örnekle açıklar:

"Bir baba çocuğuna okula gitmeyi emreder. Çocuğun, 'niçin okula gitmem gerekiyor?' sorusuna, 'çünkü baban sana emretti ve çocuk babasının emrine uymalıdır,' cevabı verilebilir. O zaman çocuk yeni bir soru sorar: 'Ama babamın emirlerine niçin uymalıyım?' O zaman belki şu cevap verilecektir: 'Çünkü Tanrı ana babaya itaati emretti ve Tanrı'nın emirlerine uymak gerekir.'" (Kelsen, 1960, s. 259)

Okula gitme emri, geçerli ya da zorunlu bir norm olarak kabul edilmelidir çünkü babadan kaynaklanmaktadır, o da çocuğa emretmek üzere Tanrı tarafından yetkilendirilmiştir. Yalnızca normun yayımlanma tarzı dikkate alınır, içeriği önemsizdir. Gerçekten de, Tanrı babayı çocuklarına emir vermekle yetkilendirdiğinde ona falanca buyrukta bulunmayı buyurmaz. Babanın emri, içeriği ne olursa ol-

sun geçerli bir norm olacaktır. İki normun art arda ifade edildiği saptanır: önce Tanrı'nın buyruğu, ardından babanınki.

Kelsen'in verdiği örneği sürdürerek, bir başka cevap hayal edilebilir. Bu cevap bu kez statik tiptedir: *Okula gitmelisin çünkü bütün çocuklar okula gitmeli.* Ama çocuk şunu sorar: *Niçin bütün çocuklar okula gitmeli?* Şu cevap verilir: *Çünkü bütün çocuklar eğitim görmelidir.* Çocuk eğer yeniden sorarsa, "*Neden bütün çocuklar eğitim görmelidir?*" Önceki cevabın aynısı kullanılabilir, *çünkü Tanrı öyle emretti.*

Burada, babanın buyruğu yalnızca içeriği nedeniyle geçerli kabul edilir. Bu içerik daha genel başka bir normun içeriğine (*bütün çocuklar okula gitmelidir*) uygundur ve hatta bu içerikten kaynaklandığı da söylenebilir. Genel normun kendisi de daha genel bir başka normdan çıkartılır (*bütün çocuklar eğitim görmelidir*). Normlar art arda üretilmemiştir, çünkü bir içerim ilişkisi içindedirler –yeter ki eğitim görme zorunluluğu okula gitme zorunluluğunu içersin– ve *okula gitmelisin* şeklindeki bireysel norm önceden belirlenmiştir. Gerçekte, içerim ilişkisi değil de, yalnızca özel bir normun daha genel bir norma tabiliği olsa bile ilişki statiktir.

Böylece, dinamik ilkeye göre, normların geçerliliğinin temeli bir yetkilendirme normunda yatmaktadır; statik ilkeye göreyse, buyurucu bir normdadır. Her iki durumda da Tanrı'dan kaynaklanan bir norma varılır; birinci durumda, bir yetkilendirme normuna, ikinci durumda buyurucu bir norma. Ama Tanrı'dan kaynaklanan norm daha yüksek bir norm tarafından doğrulanamaz. Böylece, *Tanrı'ya niçin itaat etmek gerekir* sorusuna normatif sistem içinde cevap yoktur ve *okula gitmelisin* geçerli bir norm olarak kabul

edilirse, yalnızca bu normun geçerliliği varsayılır. Kelsen'in temel norm olarak adlandırdığı şey de bu varsayımdır.

Kelsen normatif sistemleri temsil ettikleri hiyerarşi türüyle nitelemeye çalışır. Böylece ahlakı statik bir sistem olarak gösterir: "...Yakınını sevmek gerektiği normundan yola çıkarak, normlar türetilebilir: Yakınına hiç kötülük etmemelisin, asla öldürmemelisin, ona maddi manevi hiç zarar vermemelisin, muhtaç olduğunda ona yardım etmelisin."

Hukuka gelince, bu, esasen dinamik bir sistemdir. Gerçekten de, hukuksal normlar –Kelsen'e göre– içerikleri nedeniyle değil, yalnızca belli bir biçimde yaratılmış oldukları için geçerlidir. Kuşkusuz ki, içeriği yüksek bir norma aykırı olan bir norm mahkeme tarafından hükümsüz ilan edilebilir, ama hükümsüz gösterilmediği sürece geçerli kalır.

Bu sonuncu tez tartışmalıdır. Mahkemeler bir normun geçerliliğini denetlediklerinde, yalnızca onun yetkili bir otorite tarafından ve buyrulan prosedüre göre hazırlanıp hazırlanmadığını araştırmakla kalmazlar, onun içeriğini de incelerler ve eğer içeriği daha yüksek bir normun içeriğine aykırıyla geçersiz kılarlar. Çoğu sistemde norm geriye dönük olarak yürürlükten kaldırılır, yani hiç var olmamış kabul edilir. Gerçekten de mahkeme, normun geçerli olmadığını ve hiç olmamış olduğunu saptamakla yetindiğini ileri sürerek kararını doğrular. Demek ki geçerlilik statik bir ilkeye de uyar.

Gerçekte, Kelsen'in tutumu ontolojik bir varsayımla aydınlanır. Yaşamının ikinci kısmında kendisinin de yaptığı gibi, bir normun yalnızca bir insan iradesinin ifadesi olduğu varsayılırsa, o zaman norm, bu istenç ifade edilir

edilmez ve içeriği ne olursa olsun, gerçekten de geçerlidir. Görünüşe rağmen, sonraki hükümsüzleştirme normun daha baştan geçersiz olduğu anlamına gelmez, ama yalnızca, yeni bir iradi edimle mahkeme onu geçerlilikten yoksun bırakır ve kararına geriye dönük bir kapsam verir. Hükümsüz kılma kararının kendisi zaten bir normdur. Bu norm dinamik açıdan geçerlidir, yoksa içeriği açısından değil; yalnızca yetkili bir mahkemeden kaynaklandığı gerekçesiyle geçerlidir.

Ama adli sistemin dinamik karakteri tezi, bu önvarsayımla tamamen örtüşmez ve bazı güçlüklerle karşılaşır.

Öncelikle, normlar insan iradelerinin ifadesi olsalar da, hiyerarşideki yerleri insan iradelerinin sonucudur ve buradaki de mahkemenin iradesidir. Normu hükümsüz kılan mahkeme, bunu yalnızca yetkili otorite tarafından benimsenmediğinde değil, içeriği yüksek bir normun içeriğine aykırı olduğunda da yaptığı ölçüde, yalnızca dinamik değil, statik bir hiyerarşi de oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

İkinci olarak, bu tez sözceler ile normlar arasındaki ayrımı tanımaz. Yasa koyucunun iradesinin ifadesi olan şey, norm değil sözcedir. Bu sözcenin (ya da norm) anlamı bir iradenin de ifadesidir, ama aynı zamanda uygulama otoritesinin de ifadesidir. Dolayısıyla norm ancak bu otorite tarafından saptanan koşullar yerine getirilirse yürürlüğe girer ve değerini korur; bu koşullar arasında içeriğin daha yüksek bir norma uygunluğu da yer alır.

Son olarak, Kelsen'in anlayışı dogmatik hukuk açısından hiçbir yarar içermez, çünkü mahkemelerin tutumunu ve akıl yürütmelerini açıklamayı sağlamaz; bu mahkemeler, bir yasa koyucu gibi kendi yetkilerini anıştırmakla, ar-

dından iradesini dile getirmekle sınırlı kalamaz, kararlarını doğrulamak için, onları belli bir hukuk durumunun bilgisiyle dayatılmış gibi sunarlar. Dolayısıyla, hükümsüz kıldıkları normun daha baştan itibaren bazı kötü özelliklerle lekelenmiş olduğunu göstermek zorundadırlar ve fiilen ileri sürülen kötü özellikler arasında, normun içeriğinin yüksek normun içeriğine uyumsuzluğu da yer almaktadır.

Kelsen hiyerarşiyi hükümsüzlük kararlarının gerçek zemini olarak, dolayısıyla sanki bu kararlardan önce geliyormuş gibi sunmakta özellikle haksızdır; çünkü, tersine, bu hiyerarşiyi yaratan şey bu kararlardır. Bir A normunun bir B normuna üstünlüğünün, yargıç için, çatışma durumunda B'yi hükümsüz kılma yükümlülüğü yarattığı söylenemez, tersine böyle bir hipotez içinde B'nin hükümsüz kılınması A'nın B'den yüksek olduğu anlamına gelir.

Ya B'nin A tarafından belirlenmiş prosedüre göre üretilmediği gerekçesiyle, ya içeriğinin A'nın içeriğine ters olduğu gerekçesiyle hükümsüzlük dile getirildiğinde, hukuksal sistem hem statik hem de dinamik olarak tanımlanmalıdır.

III. – Hukukun yaratılması

1. İrade. – Kimi zaman buyrukçu olarak adlandırılan çok sayıda doktrine göre, adli normlar buyruktur ve bir insan iradesinin ürünüdür. Bu anlayış doğal hukukçu kimi doktrinlerle kimi pozitivist doktrinlerin ortak özelliğidir çünkü doğal hukukçu doktrinler, insan tarafından yaratılmamış olan ama doğada mevcut olan doğal hukukun ya-

nında, belirgin ya da pozitif bir hukukun varlığını da kabul ederler.

Bu fikir bütün normlara uygulanmıştır. Yasa öncelikle hükümran iradesinin ifadesi olarak algılanmıştır. Eğer hükümran kolektifse, yasa genel iradeye atfedilir. Aynı şekilde, özel hukuk ilişkilerinde, iradenin özerkliği şeklindeki ünlü teoriye göre, sözleşmenin kendisi tarafların ortak iradesinin ifadesi olarak sunulmuştur. Bu tezin başarısının, insanların ancak kendi iradeleriyle bağlanabileceklerini ileri süren liberal bir ideolojiyle olduğu kadar devletçi ve otoriter bir ideolojiyle de uyum içinde olmasından kaynaklandığı vurgulanabilir.

Tezin karşılaştığı itirazlardan bazıları giderilebilir. Örneğin, bütün normların kökeninde, terimin psikolojik anlamında bir irade bulmanın genellikle güç olduğunu saptayan itirazlar geçersiz kabul edilebilir. Örneğin teamüllerin kimse tarafından istenmediğini ya da bazı normların tek bir kişi tarafından değil, bir kurul tarafından üretildiğini de saptamak gerekir. Bu durumda, kolektif bir iradeden ancak metaforik biçimde söz edilebilir. Normun kurul üyelerinin iradelerinin toplamına denk düştüğü de varsayılamaz, çünkü bunlar ender olarak oybirliği sağlarlar. Bir metni benimsemiş olan çoğunluk üyeleri bile ille de aynı şeyi istemiş değillerdir.

Birinci itiraz karşısında, normu üretenin gerçek anlamda teamül olmadığını ama teamüle uygunluğu düzenleyenin yasa koyucu olduğunu ileri sürerek, teamül iradeye indirgenebilir.

İkinci itiraza genellikle normun isnat edildiği iradenin psikolojik anlamda bir irade olmadığı karşılığı verilir, çün-

kü normu üreten şey birkaç insanın gerçek iradesi değil, kendisi daima bir dizi kanının, yani kurguların ürünü olan, yapıntı bir iradedir. Örneğin, parlamenterler çoğunluğunun oylarının toplamı, parlamentonun iradesinin ifadesi varsayılabilir ve bu da genel iradenin, yani kendisi de bir kurgu olan hükümran iradesinin ifadesi olarak görülebilir. Bununla birlikte, bu kurgular dizisine başvurulsa da, irade normları varsayım temelinde üretebilir.

Bu durumda, özellikle Kelsen'in eserinin birinci bölümünde ifade edilen en güçlü itirazla karşılaşılır: İrade bir olgudur ve olgu hukuk üretemez, çünkü bir şeyin var olmasından, bir şeyin var olması gerektiği sonucu çıkmaz.

Herhangi bir normu kabul edenler, bir anayasayı, bir yasayı, bir kararnameyi ya da bir sözleşmeyi kabul edenler, kuşkusuz ki, başkalarının belli bir biçimde davranmaları yönündeki iradelerini ifade ederler, ama öznelerin bu iradeye uyma zorunluluklarını yaratamazlar. Diğer yandan, irade norm üretmeye yeterli olsaydı, hırsızın emrini vergi memurunun emrinden ayıran bir şey olmazdı.

Keza, irade edimi hiçbir norm yaratmaz ve ancak yaratıcısı için bir normun öznel anlamına sahiptir. Ona bir normun nesnel anlamını veren şey, yüksek normdur. İrade yalnızca bir olgudur ve ancak yüksek norm aşağı normun üretim koşulunu yerine getirir. Örneğin, anayasa emreder: "Parlamento üyelerinin çoğunluğu bir metni benimseme yönünde irade ifade ediyorsa, bu durumda bu metin yasa olarak görülüp uygulanmalıdır." Dolayısıyla yasa, çoğunluk iradesi tarafından değil, anayasanın kendisi tarafından üretilmiştir. Aynı şekilde, sözleşme bir normsa, bunun nedeni iradelerin karşılıklı alışverişi değil, yasanın bu alışve-

rişi bir sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olmasının koşulu yapmasıdır. Örneğin Fransız medeni hukukunun 1134. maddesinin anlamı budur: "Yasal olarak oluşmuş hükümler, bunları yapanlar açısından yasa yerini tutar." Bu nedenle Kelsen yalnızca hukukun –yoksa irade gibi bir olgunun değil– hukuk üretebileceğini, dahası hukukun kendi yaratımının kurallarını koyduğunu yazabilmektedir.

Bu çürütme, yine de, Kelsen'in daha geç dönemde katıldığı, ifadeci norm anlayışıyla, yani buyrukçu anlayışın bir değişkeni olan, normların yalnızca insan iradelerinin ifadesi oldukları fikriyle güçlükle uyuşmaktadır.

Uzlaşma, sözce ile norm arasındaki ayrım yardımıyla gerçekleşebilir gözükmektedir; özellikle de, yasa koyucunun iradesinin yalnızca sözceler ürettiği, oysa ki normun yorumcunun iradesini ifade ettiği görüşü, gerçekçilerle birlikte kabul edilirse, bu böyledir (bkz. Bölüm IV).

2. **Kaynaklar sorunu.** – On dokuzuncu yüzyıl Alman doktrininden doğan "hukukun kaynakları" deyimi, kuralları yaratmanın farklı tarzlarını belirttiği gibi, yaratıldıkları tarza göre belirtilen kural sınıflarını da ifade eder. Kaynaklar teorisinin güçlüklerinden bazıları metafora bağlıdır. Nasıl ki kaynak toprağın derinliklerinde gömülü suyun yüzeye çıktığı noktaysa, hukukun da, daha ortaya konmadan önce, insanın bir eylemiyle yaratılmadan önce bir varlığa sahip olduğu izlenimi verir. Özellikle (yasa ya da hukuk içtihadı gibi) norm yaratan hüküm sınıfları şeklindeki biçimsel kaynaklar ile pozitif hukukta sonradan biçimlenmiş normların kökenini belirten ifade olan hukukun maddi kaynakları genellikle bu anlamda birbirlerinden ayırt edilir.

Maddi kaynaklar doktrinlere göre çok farklılaşır. On dokuzuncu yüzyılın tarihsel Alman okulu için kaynak, halkın kolektif bilincidir; ama daha geç dönemli başka doktrinlere göre, ekonomik ve toplumsal verilerdir. Bunlara çeşitli işlevler atfedilebilir. Kimi zaman, betimleyici bir bakıştan, ortaya konmuş kuralların kolektif bilinçte önceden mevcut ve gelenekler ve teamüller içinde ortaya çıkarılabilir normlara fiilen denk düştüğü varsayılır; kimi zaman, buyurucu bir bakış açısından, bu kuralları pozitif hukukun içinde ifade etmesi yasa koyucudan istenir ya da yargıcın pozitif hukukta, yani biçimsel kaynaklarda bulamayacağı çözümler araması istenir.

Biçimsel kaynaklar da iki farklı anlayış içinde kullanılır. Genellikle ya hukuk üretim edimleri, parlamenterlerin yasama faaliyeti olarak belirtilir ya da bu faaliyetin ürünleri, dolayısıyla sözce sınıfları, yasa metinleri olarak görülür. Bu iki anlayış gerçekte iki norm anlayışına denk düşer. Eğer norm ile sözce özdeşleştirilirse, hukukun kaynağı sözcenin üretim tarzıdır, yani yasa yapma eylemidir. Gerçekten de bu eylem sözceler üretir ve bunlar normdur. Bununla birlikte, eğer norm yalnızca sözcenin anlamıysa, o zaman, yalnızca metinler üreten yasa yapma eylemi norm üretmez. Bu normlar yorumdan kaynaklanırlar ve metinlerin hukukun kaynakları oldukları, ancak yorumun konusu olabildikleri için söylenebilir.

Pozitivist açıdan analiz yalnızca biçimsel kaynakların tanımıyla sınırlanmalıdır, çünkü maddi kaynaklar pozitif hukuka göre zorunlu hiçbir özellik taşımaz. Ama bu tanım, hukukun kaynaklarının neler olduğuna dair, ideolojik önyargılardan muaf olmayan önemli doktrin tartışmalarına yer verir.

Klasik adli doktrin iç hukukun iki kaynağını tanır: yasa ve teamül (uluslararası hukukta sorun farklı terimlerle ortaya konur). Bu tasarım iki fikre dayanır: sözleşmelerin ve bireysel kararların norm olmadığı, keza, yasa ya da teamül olmayan bütün normların da, örneğin idari kararnameler, yalnızca bunlardan türediğidir.

Bu tasarım, özellikle de Kelsenci teori açısından, ciddi biçimde eleştirilmiştir. Gerçekten de bu tasarım bir yandan kurallar ile bireysel kararlar arasındaki ayrıma dayanır ki bu yanlıştır, çünkü her durumda normlar vardır. Dolayısıyla yalnızca kural yaratıcı normları incelemenin hiçbir nedeni yoktur. Diğer yandan, bütün normlar yüksek bir normun uygulanmasıyla üretilmişlerdir ve bunlar bir tutum buyururlar ki bu da bir normun üretiminden ibarettir. Hukuk, adli düzenin bütün derecelerinden yaratılmıştır. Hukukun kaynaklarının tanımı, yasayla ve teamüllerle sınırlanamaz.

Ama diğer yandan, adli kararlar türünde genel bir sınıflama da yapılamaz, çünkü benzer iki hüküm farklı derecelerde normlar üretebilir. Örneğin, mahkemelerin norm ürettikleri kabul edilse de, alt mahkemelerden kaynaklananlar yüksek mahkemelerden kaynaklananlarla aynı değerde elbette değildir.

"Hukukun kaynakları" kavramı, özel bir adli düzeni tarif etmeye yine de yarar, çünkü bu düzenin hiyerarşisinde herhangi bir kaynağın işgal ettiği yerle nitelenebilir. Örneğin, çağdaş Fransız adli düzeni, anayasanın zirvede bulunduğu ve anlaşmaların yasalardan üstün ama anayasadan aşağı bir değer taşıdığı belirtilerek tarif edilebilir.

Diğer yandan, yargıçlar, hangi tür insan faaliyetinin hukuku yarattığı sorusunu bu terimlerle ele alırlar. Bura-

da, “hukukun kaynağı” olduğu tartışmalı olan faaliyetlerin ikisiyle sınırlı kalacağız: teamül ve hukuk içtihadı.

3. **Teamül.** – Teamül genellikle toplumsal bir grubun içinde tekrarlanan bir pratik olarak tanımlanır ve bu pratiğin zorunlu karakterine uygundur. Bu tanımın son derece muğlak karakteri sık sık ortaya konulur, çünkü tekrarın süresini, bu teamülün saptandığı grubun çapını, zorunluluk duygusunun doğasını, bu duygunun ifade bulma tarzını, dahası bunu hissetmesi gereken kişilerin sayısını ya da niteliğini belirlemek imkânsızdır. Bununla birlikte, teamülün hukukun kaynağı olup olmadığını bilme sorusu ideolojik ve teorik tartışmaların konusudur.

İdeolojik planda, yasa ile teamülün avantajları ve kusurları karşı karşıya getirilir. Teamülün yandaşları, yasanın tekyanlı bir karar olduğunu, yalnızca yasa koyucunun iradesini ve tercihlerini ifade ettiğini, oysa ki teamülün kendiliğinden bir uygulama olduğunu, deneyimin ürünü olduğunu, sonuç olarak, toplumsal grubun ihtiyaçlarına daha iyi denk düştüğünü ve kolektif bilincinin ifadesini oluşturduğunu öne çıkartırlar. Bu yanlardan herhangi birine vurgu yapmalarına bağlı olarak, bu yandaşlar, Fransız Devrimi sırasında karşı-devrimciler arasında yer alırlar; keza on dokuzuncu yüzyılda teamülü, halkın egemen sınıfın iradesinin ifadesi olan yasanın nüfuzundan kurtulmak için boyun eğdiği özerk bir yasa olarak görenler de onlar arasındadır. Teamülün rolü, hukukun devletsiz ve hatta yazısız toplumlarda bile mevcut evrensel bir olgu olduğunu kanıtlamaya çalışan bazı hukuk antropologları tarafından da vurgulanmıştır. Aynı şekilde, adli çoğulculuk teo-

risyenleri, toplumsal grupların çoğulluğunu yansıtan başka hukuk sistemlerinin kâh devletin adli sistemi içinde, kâh bu sistemin yanında var olduğunu ve teamülün de bunların içerisinde önemli bir yer işgal ettiğini ileri sürerler.

Teamüle karşı olanlar bunun esasen tutucu olduğunu vurgularlar, çünkü, yasanın tersine, ortaya çıkması da değişimi de yavaştır, tanınması güçtür, geleneksel kuralların içerikleri aklın değil önyargıların yansısıdır.

Teorik düzlemde en güç sorun elbette varlık ile "var olma zorunluluğu" arasındaki, yani olgu ile hukuk arasındaki ayrımın sonucudur. Tekrarlanan bir uygulama ile bunun zorunlu olduğu duygusu birer vakadır. Oysa, irade konusunda gördüğümüz gibi, olgu hukuk yaratamaz. Bununla birlikte, geleneksel kurallar mevcuttur. En yaygın açıklama, teamüle uymayı emreden yüksek bir norma referansta bulunmaktır. Bazı kodlar mahkemelere, yasa boşluğu durumunda teamülü uygulamayı buyurur. Bu durumda, hukuk yaratıcı olan olgu değildir, yalnızca yüksek normdur. Olgu, belli bir davranışa uyulması için yüksek normun saptadığı koşuldur. Sanki bu norm şunu buyuruyor gibidir: "Bir uygulama belli bir süre tekrarlanmışsa ve eğer onun niteliğinin zorunlu olduğu duygusuyla uyum içindeyse, bu durumda, bu uygulamaya uymak gerekir."

Bununla birlikte, bu açıklama bir sınırla karşılaşır: Bazı geleneksel kurallara yüksek bir norm izin vermez. Yargılar geleneksel kuralları uyguladıklarında, her zaman için en azından yasa koyucunun –bu yargıları, imkânı olmasına rağmen geçersiz kılmadığından– zımni yetkilendirmesinin var olduğu kabul edilerek bu güçlük çözülür. Ama kimi teamüller vardır ki yüksek bir normun zımni hiçbir yetki-

lendirmesi düşünülemez, çünkü hiçbir yüksek norm yoktur. Anayasal teamülün ve uluslararası teamülün durumu budur.

Bu durumda iki tür çözüm düşünülebilir. Özellikle de Kelsen'in benimsediği birincisine göre, anayasal teamül için olduğu gibi anayasa metninde ifade edilen normlar için de akıl yürütülür: Onların geçerlilikleri temel normdan kaynaklanır. Gerçekçi bakış açısından daha yakın olan ikincisine göre, anayasal metin için de akıl yürütülür: uygulamadan sorumlu olanlar, özellikle de mahkemeler –ama yalnızca onlar değil–, tekrarlanan bazı uygulamalara norm anlamı atfederler. Bu atıf bir yorumdur, dolayısıyla bir karardır ve yalnızca bu uygulamaların zorunlu niteliğine değil, içeriklerine de dönüktür, çünkü mahkemeler öncelikle uygulamaların var olduğunu ileri sürerler, sonra da bu uygulamalar bir teamül niteliği taşır, son olarak da teamül kuralı herhangi bir davranışı buyurur (bkz. Bölüm IV).

4. Hukuk içtihadı. – Mahkemelerin faaliyetinin sonucu olan kurallar bütününe "içtihat" denir. İçtihadın bir hukuk kaynağı olup olamayacağı sorusu da ideolojik ve teorik tartışmalara yol açar.

İdeolojik açıdan, Aydınlanmacılardan miras bir gelenek vardır. Buna göre, içtihad bir hukuk kaynağı olamaz, çünkü hukukun kabul edilebilir tek kaynağı yasadır. Gerçekten de, temsili bir sistemde yasa halkın kendisi tarafından yapılmış olarak bilinir; öyle ki yasaya uyan halk kendi iradesine uymuş olur. Diğer yandan, yasanın kökeni ve içeriği ne olursa olsun, önceden bilinir; öyle ki bu yasadan

kaynaklanan buyruklar öngörülebilir ve herkes görevlerini ve haklarını bilmektedir. Dolayısıyla mahkemeler asla kural üretmemelidirler, ancak bir tasım yoluyla yasadan çıkartılabilecek yargılar üretirler. Bu nedenle Montesquieu, yargı gücünün "bir anlamda boş"[2] olduğunu yazabilmiştir.

Bu gelenek karşısında, yasanın tamamlanmış olmadığı –ve olamayacağı–, karanlık kalabileceği, yasa koyucunun kendini soyut olarak ifade ettiği öne çıkartılabilir. Ancak uygulama anında bazı olguların öngörülmemiş olduğu, koşulların değiştiği ya da adaletsizliklerden kaçınmak için bazı esneklikler getirmek gerektiği saptanabilir. Dolayısıyla mahkemeler yasanın yetersizliklerini kapatmak için kurallar üretmelidir.

Bununla birlikte, betimleyici bir bakış açısından sorun, mahkemelerin hukuk yaratmasının politik liberalizmin idealine uygun ya da arzu edilebilir olup olmadığını bilmek değil, gerçekten bu yetkiye sahip olup olmadıklarıdır. Görünüşe rağmen, bu soru basit bir cevap içermez, çünkü bir yetkinin varlığı ampirik olarak saptanabilecek bir olgu değildir.

Geleneksel anlayış, hukukun yaratılması ile uygulamasını net bir şekilde karşı karşıya getirir. Böylece, mahkemeler hukuku uygulamaya başladıklarında, hukuku yaratamazlar. İçtihad kararları gerçek kararlar olmaz. Kuşkusuz ki yargının gerekçesinde genel bir kuralın sözcesi bulunur, ama yalnızca yasanın tasımının ya da yorumunun büyük öncülünü oluşturan yasanın hatırlanması söz konusudur. Yorum, zaten mevcut bir anlamın ortaya serilmesinden başka bir şey değildir.

2) *Esprit des lois*, kitap XI, bölüm VI.

Kelsen bu geleneksel bakışı eleştirir, bununla birlikte ondan tamamen ayrılamaz. Eleştirisi, öncelikle yaratı ile uygulama arasındaki karşıtlığın tartışma konusu edilmesine dayanır. Sistemin yapısından anlaşılır ki, bütün adli hükümler yüksek bir normun uygulanmasıdır, aynı zamanda da bir norm yaratırlar; elbette ki yalnızca yaratıcı olan anayasa, en yüksek belge hariç. Yargı yasanın mekanik uygulamasıyla sınırlı kalsa bile, hükmün bir emir (bir borçluya ödemesi için, cezaevi idaresine bir mahkûmu elinde tutması, vs.) olması ölçüsünde norm yaratıcıdır. Kelsen, gerçekte, yargının asla yasanın bu mekanik uygulanmasıyla sınırlı kalmadığını, çünkü bunun neredeyse her zaman belli bir değerlendirme payı bıraktığını ekler. Ceza yargıcı en azından yasa ihlalinin gerçekten işlenip işlenmediğini değerlendirebilir ve asgariyle azami arasında bir ceza seçebilir ve bir zararı telafi amacıyla tazminat kararı vermesi gereken hukuk mahkemesi yargıcı en azından tutarını belirleyebilmelidir.

Bu eleştiri yine de yetersizdir. Geleneksel anlayış yargıçların bireysel normlar yaratabileceklerini değil, genel kurallar yaratabileceklerini tartışıyordu. Oysa, bu noktada, Kelsen, kendi genel şemasına uygun olarak, yargıçların bunu ancak yüksek bir norm –örneğin anayasa ya da yasa– izin veriyorsa yapabileceklerini ileri sürer. Dolayısıyla onun tezi geleneksel tezden daha tatmin edici pek değildir ve gerçekliği daha iyi açıklamaz.

Gerçeklik şudur ki, mahkemelerin kurallar yaratmasına izin vermeyen sistemlerde ve hatta bunu onlara açıkça yasak eden sistemlerde bile, kuralı bilmeyi arzulayan yargıçlar yasaların incelenmesiyle sınırlı kalamazlar aynı zamanda iç-

tihatla da ilgilenmelidirler. Dolayısıyla, yargıçların yalnızca bireysel normlar değil kurallar yaratmaları bir olgudur.

Bu olgunun birçok doğrulaması ve açıklaması vardır ve bunlar birbiriyle bağdaşabilir. Birinci olgu zorunluluğa çağrı yapar. Yargıç kendi bireysel kararlarını gerekçelendirmek zorunda kaldığında, ancak tasımcılığın temel bir öncülünü oluşturacak genel bir kurala çağrı yaparak bunu başarabilir. Uygulanabilir yasa keşfetmezse, kendisinin yaratması gereken yazılı olmayan bir ilkeyi uygulamalıdır. Ayrıca uygulanabilir birçok yasa keşfedebilir ve aralarından seçim yapabilir, yani bir kural belirleyebilir. Yasa koyucunun zımni bir yetkisinin de her zaman olduğunu kabul etmek gerekir. Yapabileceği gibi, içtihat yoluyla yaratılmış olan kuralı hükümsüz kılmaktan ya da değiştirmekten kaçınırsa, buna rıza gösterdiği içindir. Sözce ile norm arasındaki ayrımı kabul eden yazarlar için, yargıçların keşfettiği yasalar kural değildir, yalnızca sözcedir ve yorumlanmaları şarttır. Gerçekçi doktrine göre bu yorum bir normun yaratılmasıdır (krş. IV. Bölüm).

Bununla birlikte, yargıçların ifade ettiği kurallar ilke olarak özel bir yargının temeli olarak değer taşır ve ancak tarafları davaya bağlar. Bunlar genel bir kapsam nasıl edinebilirler? Kuşkusuz ki, *Common Law* ülkelerindeki yargıçları önceki kuralları, yani benzer durumlarda geçmişte benimsenmiş kuralları uygulamaya zorlayan bir kural mevcuttur. Önceki kuralın varlığı bu ülkelerde yargıçların hukuk yarattığının kabulü anlamına gelir. Ama bu kabul yazılı hukuk ülkelerinde, daha önce belirtilen nedenlerle imkânsızdır. Yargıçların yarattığı kuralların kapsamının genelleştirilmesi, mahkemelerin hiyerarşik örgütlenmesi sa-

yesinde kolaylıkla gerçekleşir. Yüksek mahkeme bir kural dile getirdiğinde, alt mahkemeler gerçekten de bunu uygulamaktan kaçınamazlar, yoksa kendi kararlarının istinaf mahkemesinde iptal edilmesiyle karşılaşırlar. Yine yargıçlar uygulanabilir kuralın yüksek mahkemelerin içtihadından kaynaklandığını bilirler.

5. Hukukun yaratılması ve devlet. – Hukukun kaynakları sorusunun ardında, devletin niteliğine ve rolüne dair iki tartışma görülür.

Birincisi, hukukun yaratılmasında devletin payıyla ilgilidir.

Öncelikle, devletin bütün normların yaratıcısı olmasına itiraz edilebilir. Bu konum, kural yaratıcı hükümler ile sözleşmeler gibi diğer adli hükümler arasındaki ayrım üzerinde temellenir. Yalnızca birinciler devlete atfedilebilir, ikinciler ise özel istençlerin buluşmasından kaynaklanır. Böylelikle iki alan tanımlanır: Devletin tekyanlı olarak yarattığı kamusal hukuk ile bireysel özerkliğin ürünü olan özel hukuk. Bu fikir, devletin kamu hukuku alanında kalması gerektiği ve özel alana her türden karışmadan imtina etmesi gerektiğini söyleyen liberal ideolojiyle çakışır.

Tersine, bütün normların yaratılmasının devletin görevi olduğu da varsayılabilir. Bu tez, bütün normların, hatta teamül ya da sözleşmelerin bile, ancak adli düzenin yüksek normlarına, yani devletin normları olan yasaya ve anayasaya uygunlukları nedeniyle geçerli oldukları olgusuyla doğrulanır.

Keza Kelsen bütün normların devletten kaynaklandığının söylenebileceğini ileri sürmüştür, öyle ki "devlet",

kişiselleştirmek istendiğinde, hukuk düzenini belirtmenin diğer adıdır.

İkinci tartışma ilkine bağlıdır. Devletle hukukun ilişkisini kapsar ve bir çıkmaza yol açar. Devletin kendisi de hukuka tabi midir? Çok çeşitli klasik cevaplar vardır ama bunların hiçbiri doyurucu değildir ve egemenlik ile hukuk devleti üzerine karmaşık tezlere bağlıdırlar.

Bu soruya olumsuz cevap verilirse, devlet egemendir ve gücü sınırsızdır. Ama ona bu egemenliği veren kural, bu durumda, ondan üstün kabul edilmelidir ki o zaman da gerçekten egemen olamaz.

Ünlü hukuk devleti doktrininin verdiği olumlu cevabın iki değişik hali vardır. Öncelikle devletin ancak hukuk tarafından kurulabileceğini ve onunla sınırlı olduğunu ileri sürebiliriz. Devletin üstünde olan bu hukuk doğal hukuktur ve devletin sınırlayan insan haklarıdır. Bu tez, aslında önceki gibi, doğal hukuk tezine katılmaya bütünüyle bağlıdır.

Devletin pozitif hukukun tek kaynağı olduğu, ama kendi hukukuyla sınırlandığı da ileri sürülebilir. Ancak bunun bir özsınırlama olduğu ve buna da asla sınırlama denemeyeceği itirazında bulunulabilir.

Son olarak, Kelsen gibi düşünerek, devlet ve hukuk tek ve aynı şeyse, devletin hukuk tarafından sınırlandırılmasının sahte bir problem olduğu savunulabilir. Bu durumda, hukuk, politik iktidarın teknik bir uygulamasıdır yalnızca ve bu tekniğe göre düzenlenmiş ve uygulanan iktidara "devlet" denir (Troper, 2001).

IV. Bölüm

HUKUKTA AKIL YÜRÜTME

I. – Yorumlama

"Yorumlama" sözcüğü hem bir şeye –bu, maddi bir nesne de olabilir bir sözce de– bir anlam atfetme işlemini, hem de bu işlemin ürününü belirtir. Hukuk teorisi literatüründe yorumlama konusunda çok çeşitli anlayışlar mevcuttur. Teoriler kâh betimleyicidir kâh normatiftir ve bunlar birçok noktada karşı karşıya gelirler; özellikle şeye atfedilen anlamın niteliği konusunda, yorumlama işleminin niteliği konusunda, konusunun ve yöntemlerinin niteliği konusunda, hatta adli sistemin anlaşılması açısından içerdikleri sonuçlar konusunda karşı karşıya gelirler.

1. Yorumlananın niteliği. – Yorumlama işleminin niteliği sorusu yalnızca betimleyici bakış açısından sorulabilir. Gerçekten de, adli yorumlamanın fiili işlemlerinde uygulanan zihinsel işlevleri belirlemek gerekir. Bu açıdan, iki temel tez ayırt edilebilir ve bunların her birinin birçok değişik hali vardır.

Geleneksel bir anlayışa göre, yorumlama bilmenin bir işlevidir. Bu açıdan, adli yorumlama başka yorumlamalardan, örneğin edebi ya da dini metin yorumlarından önemli bir farklılık göstermez. Bu yorum bazı varsayımlara dayanır: Yorum bir anlama sahip sözcelere yöneliktir; sözcüklerle anlamları arasındaki zorunlu ilişki nedeniyle bu anlam tektir; örneğin her sözcenin, ifade etmenin yeterli olacağı kendi anlamı olacaktır; bununla birlikte, bu ifade ediş gerçek bir yorumlama olmaz. Ancak anlam gizli olduğunda, bazı muğlak ve belirsiz sözcelerin nitelikleri nedeniyle yorumlamak gerekir; dolayısıyla sözce açık seçik olduğunda (*in claris cessat interpretatio*) yorum şart değildir. Böyle olmadığında, yorum bu gizli anlamı ortaya çıkarmaktan ibarettir. Anlamın kendisi de kimi zaman sözce yazarının niyeti olarak düşünülür. Ama kimi zaman da adli sistemde ya da toplumsal sistemde normun yerine getirmesi gereken nesnel işlev olarak da anlaşılır. Bilginin bir işlevi olduğundan, işlem başarılı ya da başarısız olabilir ve çıkan sonuç da doğru ya da yanlış bir önerme olabilir. Ama, verili bir sözce için tek bir iyi yorum vardır. Tüm diğerleri yanlıştır. Sonuç olarak, yeterli teknik yeteneği olan herkes bu yorumda bulunabilir.

Kimi zaman *gerçekçi* olarak adlandırılan karşıt anlayışa göre, yorumlama bir irade işlevidir. Her sözce bir değil birçok anlama sahiptir ve bunlar arasından seçim yapmak gerekir. Bu seçim nesnel bir gerçekliğe denk düşmez, ama yalnızca bunu ifade edenin öznel tercihlerini ortaya koyar. Dolayısıyla yorumun ürünü ne doğru olabilir ne yanlış.

Bununla birlikte, adli yorumlama söz konusu olduğunda, Kelsen'in görüşleri doğrultusunda, özgün yorum

ile doktrin yorumu –buna kimi zaman *bilimsel* de denir– arasında ayrım yapmak önem taşır. "Özgün" terimi Kelsen tarafından, klasik anlamından farklı olarak kullanılmıştır.

Klasik adli söz dağarında sahici yorumlama, yorumda bulunma hakkına tek sahip olandan, edimin yaratıcısından kaynaklanandır. Bu tekelci ayrıcalık iki argümanla doğrulanır: Bir yanda, hükmü veren kişi, örneğin yasa koyucu, bu anlamı en iyi bilendir; diğer yandan, özellikle hükmün anlamını belirleme yetkisi bu hükmü yeniden yapmayı sağlar, öyle ki yasa koyucudan başka birine yasayı yorumlama izni vermek, yasama gücünü ona aktarmak demek olur.

Kelsen'in sözdağarında, özgün yorum yalnızca hükmün yaratıcısından kaynaklanan değildir, daha genel olarak, yorumlama yetkisine sahip olan bir otoritenin, dahası, yaratıcısı resmen yetkili olmasa da, adli düzenin uygulama yetkisi verdiği otoritenin getirdiği yorumdur. Örneğin, bir yüksek mahkemeden kaynaklanan yorum özgün yorum niteliği taşır, aynı zamanda anayasa mahkemesinin olmadığı durumda parlamentonun yaptığı anayasa yorumu da bu niteliktedir. Bu iki yorum arasında pek fark yoktur, çünkü, içerikleri ne olursa olsun kendilerini kabul ettirirler, böylelikle tartışma konusu edilmezler ve yorumlanan metnin yorumlayanın ona atfettiğinden başka anlamı yoktur. Sahici yorumlama demek ki bir karardır ve tartışmaya son verir. Bu özellik hukuksal yorumu edebi ya da müzikal yorumdan kesin olarak ayırır; çünkü bu tür yorumlar bir kararla sona ermez ve sonsuzca sürebilir.

.Bunun sonucunda, yorumlama faaliyeti yalnızca metin anlaşılmazken değil, her uygulama vesilesiyle de gerçek-

leşir. Bu tez iki şekilde doğrulanır: Öncelikle, bir metnin açık seçik olduğunu ileri sürmek için anlamını bilmek gerekir; başka deyişle, yorumlamış olmak gerekir. Diğer yandan, eğer bir otorite özgün bir yorumda bulunma yetkisine sahipse, bu yetkiyi metin anlaşılmaz gelirken de net gözükürken de kullanabilir. Açık seçik bir metnin yorumlanmaması gerektiği fikri yalnızca bir yorumlama yetkisini gizlemenin bir aracıdır. Örneğin, bir otoritenin bazı metinleri yorumlamayı reddettiği ve anlaşılmazlık durumunda, bir başka otoriteden resmi bir yorum talep ettiği de vakidir. Bu durumda, anlamını belirleyebilmesi için, bir metnin açık seçik olduğunu ve yorumlanmaya ihtiyaç duymadığını ileri sürmesi gerekir.

Kimi zaman, yorumlama sorunlarının yalnızca metinlerin anlaşılmazlığından değil, boşluklardan ya da karşıtlıklardan kaynaklandığı da düşünülür. Ama anlaşılmazlık kadar boşluklar ve karşıtlıklar da vardır: Metinlerin yorum gerektiren boşluklar ve zıtlıklar içerdiğini ileri sürebilmek için öncelikle bunları yorumlamış olmak gerekir. Oysa bu ön yorumun kendisi de bir karardır ve metinleri, boşlukları ya da zıtlıklarıyla birlikte kabul ettiğinden bir yorumu gerekli kılar.

Örneğin, özgün yorumcunun atfettiğinden başka anlam yoksa, içeriği ne olursa olsun, o zaman, bir yorumun yanlışlığını belirtme yönünde doktrinin her niyeti, bütünüyle geçersizdir. Gerçekten de, özgün yorumlama sonucunun karşılaştırılabileceği hiçbir nesnel anlam olmadığından, bir yüksek mahkemenin yorumunun yanlış olduğunu ileri sürmek, onu, kaynaklandığı ve standartlaştırılmış doktrinle karşılaştırmak anlamına gelir.

Doktrin yorumuna gelince, Kelsen, bilme faaliyetinin söz konusu olduğunu kabul eder; ama, geleneksel tezin tersine, bunun tek bir gizli anlamı keşf etmeyi sağlayacağını kabul etmez. Yalnızca bir sözcenin olası bütün anlamlarını betimlemeyi hedefler; böylelikle özgün yorumcu bunlar arasında bir tercih yapabilecektir. Bu tez basit bazı argümanlar aracılığıyla tartışma konusu edilebilir.

Öncelikle, doğal dilde bir kelimenin ya da bir sözcenin anlamını betimlemekle sınırlı kalamayız, çünkü özgün yorumcunun, uygulamanın ihtiyaçları için onlara farklı bir özgül anlam atfetmesini hiçbir şey engelleyemez. İkinci olarak, olası bütün anlamları betimlemek imkânsızdır, çünkü sözce ile anlamı arasındaki ilişki olumsaldır ve özgün yorumcunun kimsenin aklına bile getirmediği bir yorumu keyfi biçimde dayatmak için kendi iradesini kullanması da her zaman olabilir. Son olarak, bunun vardığı önermeler denetlenemez. Bir yargıcın metne kimsenin aklına getirmediği bir yorum atfetmesi doktrinin bir yenilgisi değildir ve doktrinin aldandığı anlamına gelmez, ama bu yargıcın farklı tercihlerine göre bir norm dile getirdiği anlamına gelir.

Örneğin, özgün yorum ile doktrin yorumu arasında çok derin bir farklılık olsa da, birinin bir bilme faaliyeti olduğu, diğerinin ise irade faaliyeti olduğu olgusuna değil, adli düzenin birine geçerlilik tanıyıp, diğerine tanımaması olgusuna bağlıdır. Her ikisi de buyruktur, ama doktrinin yorumu bir tavsiye değildir, oysa ki özgün yorum norm yaratıcı bir edimdir.

2. Yorumlama yöntemleri. – Yorumlama yöntemleri yorumlamanın basit usul ya da teknikleriyle çakışmadığı

gibi, yorumlamanın sonuçlarıyla da çakışmaz. Usuller genel olarak adli akıl yürütmede kullanılan ve yorumlamaya uygulanan *–a contrario, a simili, a fortiori* gibi– argüman türüdür. Diğer yandan, elde edilen sonuçlar yöntem ve usuller yardımıyla karşılaştırılabilir ve yaygınlaştırıcı yorumu *kısıtlayıcı* yorumdan ayırmak gerekir.

Burada kelimenin gerçek anlamıyla yöntemler, yani genel yorumlama yönteminin ilkeleri ya da adli yorumlamaya özgü argüman sınıfları ele alınacaktır. Bununla birlikte, "yöntem" teriminin, bir metnin gerçek anlamını ortaya çıkarmayı sağlayan ya da en azından olası en iyi yoruma yol açan araçlar olduğunu düşünmeye yol açtığı ölçüde aldatıcı olduğunu vurgulamak gerekir. Demek ki yorumlama-bilme teorisine bağlıdır. Bu teori kabul edilmese de, "yöntemler"i, benimsenmesi arzu edilen yorumu doğrulamak için kullanılan basit argümanlar olarak kabul etmek gerekir. Anlambilimsel, türsel, sistemik ve işlevsel yorumları ayırt edebiliriz.

Anlambilimsel yorum dil üzerinde temellenir. Kelimeler ve deyimler genellikle dilde sahip oldukları ve dilbilgisi kurallarından kaynaklanan anlamı edinirler. Söz konusu dil, doğal dil ya da teknik dil olabilir, hukukun ya da özgül bir disiplinin dili olabilir.

Türsel yorum ise, örneğin hazırlık çalışmaları dolayısıyla yeniden oluşturulabilecek olan metnin yazarının gerçek iradesinin bilinmesine dayanır.

Sistemik yorumlama, metnin bir parçasını bir başkasıyla, hatta başka metinlerle aydınlatmayı hedefler.

Son olarak, işlevsel yorumlama, metne atfedilen işlevi yerine getirmesini sağlayacak anlamı verir. İşlevsel yorum-

lamanın bir çeşidi teleolojik yorumlamadır ve yasa koyucunun peşinde olduğu hedef üzerinde temellenir.

Gerçekte, farklı kategoriler üst üste biner. Böylece metnin işlevi, kullanılan dilden alınma argümanlar yardımıyla ya da sistemik bağlam sayesinde, hatta yasa koyucunun sözcükleri gündelik anlamında ya da teknik anlamda sistemik argümanlar yardımıyla kullanma iradesiyle belirlenebilir. Diğer yandan, bu yöntemlerin her biri, elbette türsel yöntem hariç, metnin ilk yazarının niyetini olduğu kadar bu niyetten bağımsız nesnel bir anlam keşfetmeyi de hedefleyebilir. Örneğin anlamsal yorumlama yoluyla, sözcüklerin anlamı yazıldıkları anda, yani yorumlandıkları anda aranabilir. Aynı şekilde, işlevsel yorumlama yoluyla, ya metnin yazarının ona atfettiği işlevi yerine getirebilsin diye sözcenin anlamı araştırılabilir, ya da çağdaş toplumda optimal etki yaratabilmek için sahip olması gereken işlev araştırılabilir.

Yazarın niyetinin araştırılması ya da bu niyete ilgisizlik, ideolojik tercihlere denk düşer. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde yazarlarının niyetine uygun olarak anayasayı yorumlamak isteyenler, yani *kökenciler* tutucudur. Gerçekten de, sözcüklere on sekizinci yüzyılda sahip oldukları anlam verilirse, örneğin pozitif ayrımcılıklar (*affirmative action*) gibi tutucuların mücadele ettiği bazı kural ve politikalar anayasa tarafından izin verilmemiş olarak kabul edilmelidir. Onların temel argümanı, seçilmiş olmayan ve kurucu bir yetkiye sahip olmayan bir anayasa mahkemesinin, kaleme alanların istediklerinden farklı bir anayasa uygulamak için hiçbir meşruluğa sahip olmadığıdır. Rakipleri olan *interpretivist*ler ise liberaldir. Onlar, bir demokra-

side günümüz halkının dünün halkına boyun eğmemesi gerektiğini ileri sürerler; anayasa iki yüzyıl önce donmuş bir norm olarak değil, yaşayan bir norm olarak yorumlanmalıdır.

Yorumlama yöntemlerinin, gerçek anlam olmaması gibi basit bir nedenle tek ve kesin bir sonuca yöneltemeyeceği ve argümanların hiyerarşisinin yapılış tarzına göre farklı sonuçlar verdikleri anlaşılır. Bu yöntemlerin varlığı, yorumlama özgürlüğünü tartışma konusu etmese de onaylar.

3. **Yorumlama konusu.** – Genellikle yorumlama normlara yönelik olarak kabul edilir. Gerçekte bu fikir kabul edilebilir gibi değildir ve reddedilmelidir. Gerçekten de, bir yanda bir metin (daha doğrusu, bir metin parçası, bir sözce) ile diğer yanda bir norm arasındaki karışıklığa dayanır. Norm bir sözcenin buyurucu anlamıdır. Bir metnin birçok anlamının olabileceğini söylemek, birçok norm ifade edebileceğini ileri sürmektir. Örneğin 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 11. maddesi, bir anayasa revizyonu projesinin ya doğrudan doğruya referanduma sunulmasına izin verildiği ya da yasak olduğu anlamına gelir. Ama bir anlam olsa bile norm yorumlanamaz, çünkü bir anlamın anlamı olamaz. Yorumlama ancak bir sözceye yönelik olabilir ve ifade ettiği normu belirlemekten ibarettir. Yorumdan önce anlam olmadığı şeklinde yukarıda belirtilen fikir, şu terimlerle yeniden ifade edilebilir: Yorumlamadan önce norm yoktur, basit bir metin vardır.

Ama bir sözce yalnızca içeriğini, yani buyurduğu şeyi belirlemek için değil, statüsünü belirlemek için de yorumlanır. Örneğin bir Haklar Bildirgesi'nin ne buyurduğunu

bilmeden önce, yasa koyucunun toplanma özgürlüğünü veya kürtaj hakkını sınırlamasına izin verip vermediğini bilmeden önce, adli bir değer taşıyıp taşımadığını belirlemek, başka deyişle, adli olarak zorunlu içerikler içerip içermediği ve eğer içeriyorsa, kimler karşısında içerdiğini belirlemek önemlidir. Anayasa Konseyi'nin 1971 yılında Anayasa'nın Giriş Bölümü'nün ve gönderme yaptığı Haklar Bildirgesi'nin yasa koyucu için zorunlu olduğuna karar verdiğini biliyoruz. Dolayısıyla, bu sözceye anayasal bir değer atfeden yargıç iradesidir.

Şunu da vurgulamak gerekir, yorumlama olgulara da dönük olabilir ve iki farklı durumda bu görülebilir. Herhangi bir *p* olgusunun meydana geldiği hipotezde yasa bir *q* tutumu emrederse, buyrulan tutumu benimsemeden önce, olgunun meydana gelip gelmediğini ister istemez belirlemek gerekir. Örneğin belli bir suç için öngörülen cezayı dile getirmeden önce, mahkeme bu suçun gerçekten işlenip işlenmediğini belirlemelidir. Oysa bu belirlenim ampirik bir olgunun basitçe saptanması değil, gerçek bir karardır. Her türlü kanıta karşın mahkemenin suçun işlenmediğine hükmetmesi de mümkündür. Ötenazi yapan birinin cinayetten mahkûm edilmesini önlemeyi jüri arzu ettiğinde meydana gelen durum budur. Bu karar yasal olarak tartışılamadığında, ampirik gerçeklik ne olursa olsun, adli etkiler meydana getiren budur.

Ama yorumlama yalnızca olguların maddi varlığına yönelik değildir. Aynı zamanda adli kalifikasyon biçimini de alabilir. Bir olgunun bir kategoriye dahil edilme işlemidir bu. Örneğin sanık kendisine ait olmayan bir malı zaptetmiş olduğunda bu tavır hırsızlık olarak görülebilir de gö-

rülmeyebilir de. Adli kalifikasyon fiili bir yorum oluşturur ve sözcenin yorumuyla büyük bir benzerlik gösterir. Önceki örnekte, mahkeme ya sözceyi genel bir hırsızlık tanımı vererek yorumlamayı seçebilir ve sanığın fiili de buna göre hırsızlık olarak görülebilir ya da görülmeyebilir, veyahut önceden mevcut bir tanıma gönderme yapmadan somut fiili niteleyebilir. Birinci çözüm genel bir norm yaratmasını sağlar (yargıç tarafından hırsızlık olarak tanımlanan bütün davranışlar hırsızlık için öngörülen cezaya çarptırılacaktır). İstisnai durumlar için geçerli olmayan ikincisi, kendi kendini bağlayacak güç bir tanım ifade etmesini engeller. Örneğin, iyi aile babası rolünü ya da "standart" sözcüğüyle belirtilen iyi ahlaka referansı düşünebiliriz.

4. Yorumlamanın yazarı. – Özgün yorum adli düzenin yürürlük tanıdığı yorumsa, yani tartışılamayacak olan ve bu metne dahil olansa, o zaman bu yorumu vermek için her yetkili otorite özgün yorumcu olarak kabul edilmelidir.

Öncelikle doğal olarak yüksek yargı kararları söz konusudur. Ama özgün yorum getirebilecek yeterliliğe sahip başka otoriteler de vardır: Bunlar, yargıyla ilgili olmasalar da, herhangi bir yargı karşısında tartışmasız olabilecek bir yorumda bulunabilirler. 1958 tarihli Fransız Anayasası bunun bazı örneklerini verir: Örneğin, cumhurbaşkanı 16. maddenin terimlerini tek başına yorumlar ve "ciddi ve dolaysız tehdit" ya da "kamu iktidarlarının düzenli işleyişinin kesintiye uğraması" deyimlerinin ne anlama geldiğine karar verir. Şu da belirtilebilir ki, yorum ya bu deyimlerin tanımına yöneliktir ya da fiili durumların nitelenmesine. Adli olmayan bir otoritenin verdiği özgün

yorumun, kimi zaman bir başka otorite tarafından suç olarak yorumlanabilecek bir karar olması da mümkündür. 1958 Anayasası'nın 16. maddesinin durumu budur: 16. maddenin bir yorumuna dayanarak bir cumhurbaşkanı tarafından kriz yetkilerinin kullanılması parlamento tarafından yüksek ihanet suçu olarak kabul edilebilir. Eğer cumhurbaşkanı kendi kararını parlamentonun olası kararını dikkate alarak almışsa, özgün yorumlama ortak olarak uygulanan bir faaliyettir ve ürünü de yetkili otoriteler arasındaki güç ilişkilerinin sonucudur.

5. Yorumcunun yetkisi. – Gizli bir anlamın keşfedilmesi faaliyeti olarak yorumlama teorisi, yargıcın hiçbir yetki uygulamadığı ve uygulamaması gerektiği fikrine sıkı sıkıya bağlıdır. Bir tasım ifade etmekle sınırlıdır, bunun da büyük önermesi yasadır, küçük önermesi ise olgudur. Yasanın ifadesi açık seçik olduğunda yorumlamaya gerek yoktur, açıklık olmadığında ise yorumlama, kesin yöntemler sayesinde, gizli ama yine de sözcede mevcut bir anlamı keşfetmekten ibarettir. Bu teori güçler ayrılığı ve hukuk devleti doktrinleri tarafından varsayılmıştır.

Buna karşılık, yorumlamanın bir irade eylemi olduğu fikri, yargıcın, daha genel olarak da her yorumcunun, önemli bir yetkiyi kabul etmesine götürür. Gerçekten de, yorumlamak bir metnin anlamını belirlemek ise ve eğer bu anlam metnin ifade ettiği normdan farklı değilse, o zaman normu belirleyen yorumcudur. Norm, yorumlanan metnin yazarı tarafından, örneğin yasa koyucu tarafından gerçek anlamda ortaya konmamış, özgün yorumcu tarafından ortaya konmuştur. Bu nedenle, klasik gerçekçi teoriden şu

sonuç çıkar ki, asıl yasa koyucu parlamento değil, yasanın yorumcusudur, örneğin bir yüksek mahkemedir. Akıl yürütmeyi sürdürerek, asıl anayasa oluşturanın başlangıçtaki anayasanın yazarı değil, Anayasa Mahkemesi olduğu söylenebilir.

Gerçekte, bu sonuçlar ayrıntılandırılmalıdır ve yorumcunun yetkisi hem daha geniştir hem daha sınırlıdır. Üç nedenle daha geniştir. Öncelikle hem büyük önerme hem de küçük önerme üzerinde uygulandığını saptamak gerekir. Örneğin, bir anayasa mahkemesi anayasa metnini yorumlar ve anayasa normunu belirler, ama aynı zamanda buna tabi olan yasa metnini de yorumlar ve yasama normunu kesin olarak ilan edebilir. Diğer yandan, metinlerin yorumlamanın onlara atfettiği anlamı daha baştan itibaren taşıdığı kabul edildiğinden, bu anlam geçmişe dönüktür. Ama bazı yorumcuların yetkisi özellikle üçüncü nedenden dolayı bu kadar önemlidir. Bir anayasa mahkemesinin yorumlaması gereken sözceler arasında onun yetkisini sınırlandıranlar da vardır. Bu sözceleri yorumlayan mahkeme kendi yetkilerini belirleyebilme, çoğu zaman bunları genişletebilme gücündedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri anayasa mahkemesi, 1803 yılında yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemekle kendini yetkili ilan ettiğinde ya da 1971 yılında Fransız anayasa meclisi cumhuriyet yasalarının kabul ettiği temel ilkelere ve Anayasa'nın Girişi Bölümü'ne göre denetim uygulamaya karar verdiğinde yapılan budur.

Ama diğer yandan, yorumcunun yetkisi birçok faktör tarafından sınırlanmış gözükür. Birinci sınırla bütün yorumcular karşılaşmış değildir. Bir yargı yetkisi için ken-

di kendini kavrama imkânsızlığı söz konusudur. Bu sınır Fransız anayasa meclisi için geçerlidir. Buna karşılık, çok geniş olarak yöneltilen itirazlar konusunda karar veren yargılama kurulları için –örneğin danıştay ya da yabancı bazı anayasa mahkemeleri– herhangi bir sorun hakkında görevlendirilme olasılığı çok büyüktür, ki bu kendi kendini görevlendirme anlamına gelir. İkinci sınır, güçler ilişkisinin sonucu olan yorumlamanın kolektif karakterine bağlıdır. Örneğin, anayasal bir düzenleme hakkında bir anayasa mahkemesinin verdiği yorum bir yasa değişikliğiyle ters çevrilebilir. Bir üçüncü sınır adli yargılamayla ilgilidir. Aşağı bir mahkemenin verdiği yorum bir üst mahkeme tarafından gözden geçirilebilir ve tersine çevrilebilir. Dolayısıyla, sıklıkla, yüksek mahkemenin önceden vermiş olduğu ya da verebileceği yoruma uygun olacaktır. Yüksek yargı yetkilerine gelince, kuşkusuz ki bunlar bir metne herhangi bir anlam verebilirler, çünkü, içeriği ne olursa olsun, bu anlam hukuksal olarak tartışılamaz, yani geçerli olacaktır ve hukukta etkili olacaktır. Bu yargı yetkileri, aynı sözce konusunda verdikleri yorumu bile her uygulamada değiştirebilirler. Bununla birlikte, sabit –başka deyişle, içtihat değişikliklerinin ender olduğu– ve tutarlı yorumlarda bulundukları, yani bir sözcenin yorumunda başka sözcelere verdikleri yorumu dikkate aldıkları saptanır.

Yorumlama-bilme tezinin yandaşları, burada, bu uygulamalara adli olarak izin olmadığının ve metne gerçek anlamını verme yükümlülüğüne uyduklarının kanıtını görürler. Gerçekte, böyle bir anlam yoktur ve uygulamalardaki tutum başka türlü açıklanır: Yarattıkları normlar geneldir, yani belirsiz sayıda öznenin tutumunu düzenle-

meyi hedeflerler. Bunlar ancak onlara uygulanacak olan normun, yüksek yargı mahkemesinin vermiş olduğu yorumla üretilmiş olanla aynı olduğunu düşünürlerse buna uyum sağlayabilirler. Eğer yüksek mahkeme rastgele davranıyorsa, uygulanabilecek normu kimse bilemez. Gerçek bir yetki uygulamak istediğinde ve tutum kategorilerine dair kurallarla yönetmek istediğinde, tutarlı ve istikrarlı olmak zorundadır. Burada hiçbir adli yükümlülük yoktur, ama yalnızca içinde bulunduğu ve onu rasyonel tutarlılık tercihine mecbur eden durumun ürünüdür. Adli olarak serbest, ama toplumsal olarak belirlenmiştir.

II. Mantık

Hukukçuya görünürde gayet basit bir soru sıkça sorulur: Hukuk ve adli akıl yürütme mantığa uygun mudur; eğer uygunsa, bu özgül bir mantık mıdır, yoksa insan faaliyetinin diğer alanlarında akıl yürütmeyi destekleyen mantığın aynısı mıdır? Olaylar gerçekte çok daha karmaşıktır; bunun nedeni de yalnızca "hukuk" ya da "mantık" gibi terimlerin çokanlamlılığı değil, hukukla, mantık ya da bilimle ilgili teorilerin çeşitliliğidir. Dolayısıyla bazı ayrımlar yapmak gerekir.

Öncelikle, söylem düzeylerine göre, çünkü "hukuk"tan pozitif hukuk ya da adli sistem, hukuk bilimi, hatta "adli dogma" bile anlaşılır. Ardından, hukuk, bu sözcüğün anlamlarından biri içinde, mantığa uyuyorsa, bu formel mantık mıdır yoksa esinini diyalektik tartışmanın eski teorilerinden alan başka bir mantık mıdır sorusu gelir.

Hukuk ile mantık ilişkilerinin ortaya koyduğu sorunlar toplamını ele almak mümkün olmadığından, burada, hukukun yürürlükteki normlar sistemi olduğu ve söz konusu mantığın da formel mantık olduğu varsayılacaktır.

Hukukla mantığın ilişkilerinin incelenmesindeki temel güçlük, mantığın doğru sözcelere yönelik olmasından, normların ise doğru ya da yanlış olmaya müsait olmamasından kaynaklanır. Bu durumda iki dizi sorun vardır ve bunlar her zaman yeterince birbirinden ayrılmamıştır. Birincisi yalnızca mantıkla ilgilidir: Doğru ya da yanlış olmaya yatkın olmayan sözcelerle ilgili bir mantık nasıl düşünebiliriz? İkinci dizi sorun hukukun kendisiyle ilgilidir: Hukuka uygulanabilecek bir mantık olduğunu kabul etsek bile, pozitif hukukun mantığın yönetiminde olduğu doğru mudur?

1. Mantık sorunu. – Son on yıllarda "deontik" denen mantık sistemleri mevcuttur, yani deontik işlemciler (zorunlu, yasak, izinli) içeren sözcelere yönelik bir mantık. Ama öncelikle metalojik bir sorundan söz etmek gerekir. Bu, klasik mantığın (zorunsal), bir gerçekliği tasvir eden ve doğru ya da yanlış olabilen *önermeler* arasındaki ilişkileri ele almasına bağlıdır. Hukuk ise normlardan oluşur ve genellikle bunlar ne doğru ne de yanlış olarak kabul edilir. İki örnek bu güçlüğü aydınlatmayı sağlar.

Öncelikle tümdengelimli çıkarsama. Klasik mantıkta, doğru kabul edilen önermelerden yola çıkarak, ister istemez doğru olacak yeni bir önerme ileri sürülebilir. Örneğin, teorik denen (çünkü konusu bilgidir) tasım aracılığıyla: Bütün insanların ölümlü oldukları doğruysa ve

Sokrates de bir insansa, o zaman Sokrates'in de ölümlü olduğu doğrudur. Ama aynı şekilde, örneğin pratik bir tasım aracılığıyla mevcut normlardan yola çıkarak yeni bir norm türetebilir miyiz? Ne doğru ne yanlış olan, çünkü bir buyruk olan *Bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır*'dan yola çıkarak, *hırsız Dupont cezalandırılmalıdır* sonucuna varabilir miyiz?

Diğer örnek çelişki içermektedir. Klasik mantık, ikisi birden doğru olamayan –eğer biri doğruysa diğeri yanlıştır– iki önerme arasındaki ilişkiyi "çelişki" olarak adlandırır. Örneğin *gökyüzü mavi* ile *gökyüzü mavi değil* aynı anda doğru olamaz. Ama aynı şekilde normlar arasında çelişki olduğunu, bir çatışkı olduğunu söyleyebilir miyiz? Örneğin *sigara içmek yasaktır* ile *sigara içmek zorunludur* arasında, bu normlar doğru ya da yanlış olamazsa bir çatışkı var mıdır?

Bu güçlük karşısında üç tutum mümkündür.

Öncelikle, normların mantığı olasılığı tartışma konusu edilebilir. Örneğin Kelsen, ömrünün sonunda, özellikle bir normun bunu dile getirenin iradesini ifade ettiğini belirtiyordu. Oysa irade bir olgudur ve olgular arasındaki ilişkiler mantıksal ilişkiler değildir. Diğer yandan, pratik tasımda bulunan önermeler arasındaki ilişkileri normlara aktarmak imkânsızdır. Bütün insanların ölümlü olduğunu söylemek, Sokrates dahil bütün insanlardan söz etmektir. Dolayısıyla, *Sokrates ölümlüdür* önermesi doğrudur, çünkü bu önerme zaten *bütün insanlar ölümlüdür* genel önermesinde içerilmiştir. Buna karşılık, *bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır* normu yasa koyucunun iradesini ifade eder. Bu ise geleceğe yöneliktir. Genel ve soyut bir sözce oluşturduğunda, bu, tanımadığı hırsız Dupont'u kapsayamaz. Bütün hırsızların

cezalandırılmasını istemek, hırsız Dupont'un cezalandırılmasını istemek demek değildir.

Bu argümanın karşısına klasik bir itiraz çıkartılabilir: Mantık zihinsel süreçlerle uyuşmaz, yani somut insanların dilsel ifadelere atfettikleri anlamla değil, bu ifadelerin anlamsal içeriğiyle işler. Akıl almaz bir öncülden yola çıkarak şu akıl yürütmede bulunmak elbette mümkündür: *Bütün insanlar ölümsüzdür, Sokrates bir insandır; demek ki Sokrates ölümsüzdür.* Ne var ki, insanların ölümsüz olduğu düşünülmese bile, Sokrates'in varlığı bilinmese bile, *Sokrates ölümsüzdür* sonucu *bütün insanlar ölümsüzdür* genel önermesinde içerilmiştir. Bu nedenle yasa koyucunun gerçekte ne istediği pek önemli değildir. *Bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır* diye emretmişse, Dupont'u ister düşünmüş olsun ister olmasın, *bütün hırsızlar* ifadesi ister istemez Dupont'u kapsar.

Bu itiraz yine de argümanı ortadan kaldırmaz, çünkü tümdengelimci çıkarsama eğer geçerliyse, bunun böyle olduğunu nasıl anlarız? Hakikatten başka neyi çıkarsayabiliriz?

İkinci olasılık, ya normların her şeye rağmen doğru ya da yanlış olabileceği düşünüldüğünden, ya da bu normlar denk bir niteliğe sahip olduklarından, normlar mantığının mümkün olduğunu kabul etmektir. Örneğin, kimileri normların doğru ya da yanlış olduğunu ve bunları buyruk olarak görmenin yanlışlığını ileri sürerler. *Hırsızları cezalandırın* buyruğuna *yanlış* karşılığını vermek saçma olsa da, "hırsızların cezalandırılması doğrudur (ya da yanlıştır)" (Kalinowski, 1969) demek saçma olmaz.

Bununla birlikte bu tutum savunulamaz, çünkü *hırsızlar cezalandırılmalıdır* deyimi gerçekte ikili bir anlam taşır.

Bir yandan, hırsızların cezalandırılması gerektiği şeklindeki bir normun varlığını tarif eden bir hukuk önermesi söz konusu olabilir. Bu önerme elbette doğru ya da yanlış olabilir, çünkü bir norm değil, norm üzerine bir önermedir. Örneğin, tarif etmeye çalıştığım Fransız pozitif hukukunda, bu içerikte bir norm varsa doğrudur. Ama yasa koyucunun iradesini de ifade edebilir. Bunun üzerine bir norm anlamına sahiptir ve *hırsızları cezalandırın* buyruğuyla tamamen denktir. Bu durumda ne doğrudur ne yanlış.

Ama, eğer normlar ne doğru ne yanlış olsalar da, benzer bir nitelik taşıdıkları düşünülebilir: Ya geçerlidirler ya değil. Geçerli bir norm hukuksal sisteme ait bir normdur ve buna uyulması gerekir. Örneğin mahkemenin, *hırsız Dupont altı ay hapis cezasına çarptırılmalıdır* hükmü, *bütün hırsızlar altı ay hapse çarptırılmalıdır* şeklindeki genel bir normdan doğru bir şekilde çıkarsanmışsa, ancak bu koşullarda geçerli bir normdur. Tersi durumda geçerli değildir.

Yine de bu tez bir öncekinden daha kabul edilebilir değildir; bunun da iki nedeni vardır: Birincisi, doğruluk bir önermenin niteliği olabilir ama geçerlilik normun bir niteliği olamaz. Bir norm gerçekten de hukuksal bir sisteme ait bir sözcenin anlamıdır ve bu aidiyet özellikle "geçerlilik" olarak adlandırılan şeydir. Bunun sonucunda, geçerli olmayan bir norm asla bir norm olmazken, yanlış bir önerme önerme olarak kalır. Kelsen'in bir ifadesiyle, geçerlilik normların varlık tarzıdır. İkinci neden, normların varlığının, daha ileride görüleceği gibi, onların başka normlarla mantıksal ilişkilerine değil, bazı ampirik olgulara bağlı olmasıdır.

Geriye üçüncü bir yol kalır: Normların mantığını buyurucu değil, betimleyici bir dile yöneltmek. Bu yönde

birçok teşebbüs vardır. Bunların en önemlisine göre, bu mantık normlara değil, normlar üzerine sözcelere ya da hukuk önermelerine yöneliktir. Bunlar gerçekten de doğru ya da yanlış olabilirler. Örneğin, çatışkının tanımı sorununun onu normlar üzerine iki önerme arasındaki bir çelişki olarak sunarak çözüleceği düşünülür. *Sigara içmek yasaktır* normu, *sigara içmemek yasaktır* (*sigara içmek zorunludur*'un dengi) normuyla çelişik değilse, *sigara içmenin yasak olduğu bir norm var* önermesi *sigara içmemenin yasak olduğu bir norm var*'la çelişiktir.

Ama bu üçüncü yol da başarısız kalır, çünkü iki önerme ancak iki norm aynı anda var olabilirse çelişiktir. Oysa, tutarlılığı pek önemsemeyen ya da sapkın bir yasa koyucunun sigara içilmesini ve içilmemesini art arda –hatta aynı anda– önermesi pekala mümkündür.

Demek ki günümüzde deontik bir mantıkla karşı karşıyayız ve bunun konusunu belirlemek güçtür. Öyle ki bu mantığın kurucularından biri olan Von Wright defalarca tutum değiştirmiş, ikinci mantıktan üçüncüye, oradan da birinciye geçerek sonuçta şu düşünceye varmıştır: "[Deontik mantık] ne bir normlar mantığıdır ne de normlar üzerine sözcelerin bir mantığıdır, normların rasyonel yaratıcılık faaliyeti içinde karşılanması gereken koşulların incelenmesidir."[1]

Bu durumda bütün sorun bu mantığın gerçeğin bilinmesine yardım edip edemeyeceğidir, yani hukuk üzerine bilgi verip veremeyeceğidir. Deontik mantık adli bir mantık mıdır?

1) Georg Henrik Von Wright, *a.g.e.*

2. Hukuk teorisi sorunu. – Bu ikinci soru ilkinden kökten farklı olarak anlaşılmalıdır. Sorun, deontik bir mantığın mümkün olup olmadığını bilmek ya da bunun konusunu saptamak değildir; adli sistem işliyor mu, yargıçlar bu mantığa göre mi hareket ediyorlar, bunu bilmek gerekir. Sorun, Kelsen'in düşüncesinin gelişimi dolayısıyla anlaşılacağı gibi, kısmen daha az karmaşıktır.

Onun hukuk teorisine katkısının, adli sistemin hiyerarşik yapısını ortaya koymak olduğu bilinmektedir. Bunu oluşturan normların her biri, daha yüksek ve daha genel bir norma uygun olarak ele alındığı için bir normdur, sisteme dahildir. Dolayısıyla her norm yüksek bir normun somutlaşması olarak görülür ve bu yüksek normdan bir çıkarımmışçasına cereyan eder. Bu şema sayesinde, Kelsen ilk başta hukukun mantığa uyduğunu düşünmüştü.

Mantığın betimleyici önermeler arasındaki ilişkileri ele aldığı itirazıyla karşılaştığında, mantığın normlara doğrudan doğruya uygulanamayacağını, ancak *dolaylı olarak* uygulanabileceğini kabul etti. Dolaylı bir uygulama olasılığı, ona göre, hukuk ile hukuk bilimi arasındaki ayrımdan kaynaklanır. Hukuk bilimi hukuku hukuk önermeleri yardımıyla, yani normlar üzerine sözcelerle betimler. Böylece daha yukarıda incelenen çözüme yaklaşıyordu: İki norm arasında çelişki olması için, bunları betimleyen önermelerin çelişik olması gerekir.

Ama üçüncü bir evrede Kelsen, mantığın hukuka uygulanamayacağı tutumuna katılır. Bilginin aracı olarak aklın reddi üzerinde temellendiği için değil, hukukun aklın değil iradenin ürünü olduğunu ifade ettiği için *irrasyonalist* denen bu üçüncü tez birçok argümana dayanır.

En önemlisi adli sistemin dinamik yapısına bağlıdır (bkz. Bölüm III, "Hukukun Yapısı").

Statik bir hiyerarşiyle birlikte, normlar arasındaki ilişki içerikler arasındaki ilişkidir: Aşağı normun içeriği yüksek normun içeriğinden çıkarsanır; *bütün hırsızlar altı ay hapis cezasına çarptırılmalıdır, hırsız Dupont altı ay hapis yatmalıdır* örneğinde olduğu gibi. Aşağı normun geçerliliği çıkarsamanın geçerliliğine bağlıdır.

Tersine, dinamik bir ilişkide, yüksek norm bir otoriteye belli bir prosedüre uygun olarak aşağı bir norm üretme buyruğu vermekle sınırlıdır; bu alt norma verilecek içeriğe ilişkin az çok büyük keyfiyeti ise ona bırakır. Örneğin, *parlamento yasayı onaylar* buyruğuyla kendini sınırlayan anayasa, parlamentonun yasaya herhangi bir içerik vermesini sağlar, yeter ki yasama prosedürlerinin kurallarına uyarak bu yasayı ifade etsin. Yasa anayasadan çıkarsanmış değildir ve içeriği ne olursa olsun, yetkili bir otoriteden kaynaklandığı andan itibaren geçerlidir.

Oysa, Kelsen'in eserinin son bölümünde hukuk dinamik bir sistemdir. Adli normlar, içerikleri nedeniyle değil biçimleri nedeniyle geçerlidir, yani kaynaklandıkları otoriteden ve benimsenmelerine yol açmış prosedürden dolayı geçerlidirler. Elbette ki, dinamik ilişki asla bir mantık ilişkisi değildir, çünkü dinamik bir sistem içinde yüksek normdan alt normun içeriğini, hatta varlığını çıkarsamak imkânsızdır. *Bütün hırsızlar altı ay hapisle cezalandırılmalıdır* normunu bilerek, *Hırsız Dupont altı ay hapis cezasına çarptırılmalıdır* çıkarsaması yapılamaz, çünkü bu normun varlığı yalnızca bir mahkemenin bu hükmü fiilen vermesine bağlıdır. Mahkemenin fiilen farklı bir hüküm verme-

si pekala mümkündür, örneğin *hırsız Dupont yedi ay hapis cezasına çarptırılmalıdır* ya da *hırsız Dupont beraat etmelidir.* Söz konusu adli sistemde itiraz prosedürleri eğer varsa bu tür hükümler kuşkusuz ki tartışılabilir, ama, itiraz sonucu bu hükümler geçersiz kılınmadıkça geçerlidirler, çünkü yetkili bir otoriteden kaynaklanmaktadırlar.

Başka deyişle, bir norm mantığının mümkün olduğu kabul edilirse, bundan, adli normlar arasındaki ilişkilerin mantıksal ilişkiler olduğu sonucu çıkmaz. Örneğin pratik tasımın geçerli bir çıkarsama olduğu kabul edilse bile, bundan, öncüllerin gerçeğinin sonuca aktarılması gibi, yüksek normun alt norma aktarıldığı sonucuna varmamak gerekir. Çıkarsamanın geçerliliğini geçerliliğin çıkarsamasıyla karıştırmamak gerekir.

Bununla birlikte şu soruyla karşı karşıya kalırız: "Deontik mantık" olarak adlandırılan mantık sistemi, hukuk buna uymasa bile, gerçeğin bir bilimi olabilir mi? Cevap Von Wright'ın yukarıda anılan cümlesinde mevcuttur: "[Deontik mantık] rasyonel bir norm yapım faaliyetinde karşılanması gereken koşulların incelenmesidir." Gerçek adli sistemde fiilen karşılanan koşullar değil, norm yaratma faaliyetinin rasyonel olarak kabulü için uyulması gereken koşullar söz konusudur. Deontik mantık ne hukukun işleyiş tarzının, ne de yargıçların akıl yürütme tarzının betimlenişidir. Bu, rasyonellik derecelerinin değerlendirilmesinde ideal bir şemadır. Bu durumda bir başka hukuk anlayışına, dolayısıyla hukukun mantığa uyup uymadığını bilme sorusunu ortaya koymanın bir başka tarzına varılır.

Özellikle çağdaş dönemde Chaïm Perelman tarafından "yeni retorik" adı altında geliştirilen bu diğer anlayışa göre,

incelenmesi gereken şey bir normlar bütünü değil, pratisyen yargıçların akıl yürütmeleridir, özellikle kendi kararlarını doğruladıkları akıl yürütmeleridir. Bu akıl yürütmeler formel mantıktan değil, bir argümantasyon mantığından kaynaklanırlar. Bu mantık öncüllerden yola çıkarak tümdengelim yapmayı hedeflemez, ama daha ziyade öncüllerin tercihini hedefler. Önermelerin gerçeklik koşullarını, hatta normların geçerliliğini saptamaya çalışmaz, ikna etmek için kullanılan araçları betimlemeye çalışır.

Perelman'a göre, çağdaş hukuk gerçekte bu mantığa göre işlemektedir. Yargıçlar adli tasım teorisine uygun kararlar gerçekten vermeyebilirler, adil bir çözüm aramakla da yetinemezler, ama akla yatkın, yani hem yasaya hem hakkaniyete uygun bir çözüm bulmak zorundadırlar. Argümantasyon belli anlaşma noktalarından yola çıkar; bir yandan, koruması uygun olan olgu ya da değerler gibi, öncül olarak kullanılacak basma kalıp fikirlerden, diğer yandan da argüman tekniklerinden yola çıkar. Bununla birlikte, bu öncüller hiçbir nesnel karakter taşımaz ve akıl yürütme zorlayıcı değildir. Yalnızca, toplumsal olarak kabul edilebilir bir karara varmayı sağlar. Örneğin, akla yatkın olan şey rasyonelle örtüşmez ve akla yatkın birçok çözüm olabilir. Örneğin bir bölge mahkemesi çoğunluk kararıyla bir hükme vardığında durum budur.

Doğrusu, Perelman'ın tezi totolojik bir karakter taşımaktadır. Hukuk ile akıl yürütmenin mantığa –ama formel mantıktan farklı bir mantığa– boyun eğdikleri ileri sürülse bile, bunun nedeni, adli mantığı yargıçların özgül akıl yürütme tarzları ve argümantasyonlarıyla karıştıracak şekilde tanımlamasıdır. Dolayısıyla, yargıçların akıl yürüt-

mesinin yargıçların akıl yürütme tarzına uygun olduğu sonucuna kolaylıkla varılabilir.

*

* *

Hukukta mantık üzerine tartışmanın arkasında, gerçekte, fark edileceği gibi, doğal hukuk doktrinlerini adli pozitivizmle karşı karşıya getiren büyük tartışma sezilmektedir. Varılan sonuç pozitivist tezleri destekliyor gibidir, çünkü normların akla uygunlukları nedeniyle değil, yetkili otoritelerin iradeleri tarafından kondukları için geçerli olduklarını ileri sürmektedir. Böylece ünlü *auctoritas non veritas facit jus* özdeyişiyle karşılaşırız... Durum böyle olunca, doğal hukukçuların, gerçekte bir çıkış noktası olduğu için buraya varıldı itirazını yöneltmeleri kolay olur. İrrasyonalizm pozitivist tezin gerçekliğini kanıtlamaz. O bundan kaynaklanır. Normların ortaya konuş tarzları nedeniyle geçerli oldukları düşünüldüğünden, akla yatkınlıkları nedeniyle böyle olmadıkları sonucuna varılabilir.

Başka deyişle, hukukta mantığın rolü teorisi adli bir ontolojiye, yani hukuka ve normlara dair anlayışa dayanır. Adli normlar ideal kendilikler (*hiletik* anlayış) olarak gösterilirse, o zaman bunların mantıksal ilişkilerle bağlı oldukları düşünülebilir. Tersine, iradi edimlerin ifadesi olarak (*ifadeci* anlayış), yani olgular olarak düşünülürse, aralarında mantıksal ilişki yoktur, çünkü olgular arasında değil ancak sözceler arasında mantık ilişkisi vardır.

Ama bu iki ontoloji arasında nasıl seçim yapmalı? Metafizik tartışmadan ya da inanç bildirimlerinden kaçınmak

istesek de, bu seçimi bir özel koşul yapmaktan kaçınamayız ve bu durumda tek soru bunu kesin olarak yönlendirecek ölçütlerin neler olduğunu bilmektir. Bu noktada, iki önemli tez çatışır. Kimileri adli bir mantık istemekte ısrar ederler ve sonuç olarak, bunu mümkün kılan hiletik ontolojiyi seçerler. Diğerleri ise bir mantığın olasılığının hukuk felsefesine sorulan sorulardan yalnızca biri olduğunu öne çıkartırlar. Daha önemli bir diğer soru, ampirik bilimleri model alarak bir hukuk bilimi inşa etme olasılığıdır. Oysa, böyle bir bilim inşa edebilmek için, hukuku ampirik olgular bütünü olarak görmek, yani normları irade edimlerinin ifadesi olarak kabul etmek gerekir.

Hukukun mantığa uyup uymadığı sorusu, adli sistemin gerçek işleyişini inceleyerek cevap verilebilecek ampirik bir soru değildir; kesin bir ontolojik tercihe dayanır ve bu tercih de epistemolojik bir opsiyondan kaynaklanır. Bu, hukukun verili olmadığını, hukuku ele alan teori tarafından inşa edildiğini söylemenin bir başka yoludur.

KAYNAKÇA

Sözlükler ve metin derlemeleri

Arnaud André-Jean (yay. haz.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2. baskı, 1993.

Goyard-Fabre Simone, Sève René, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 1986 (metin derlemesi).

Grzegorczyk Christophe, Michaut Françoise, Troper Michel (yay. haz.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993 (metin derlemesi).

Rouvillois Frédéric, *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999 (metin derlemesi).

Fransızca eserler

Amselek Paul, Grzegorczyck Christophe (yay. haz.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

Amselek Paul (yay. haz.), *Interprétation et droit*, Brüksel, Bruylant ve Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

Atias Christian, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999.

Béchillon Denys de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996.

Billier Jean Cassien, Maryoli Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001.

Bobbio Norberto, *Essais de théorie du droit*, Fransızca tercüme, Riccardo Guastini'nin önsözü, Paris, LGDJ, 1998.

Dworkin Ronald, *L'empire du droit*, Fransızca tercüme, Paris, PUF, 1994.

– *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1996.

Frydman B., Haarscher G., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2. baskı, 2002.

Habermas Jürgen, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Fransızca tercüme, Paris, Gallimard, 1997.

Hart Herbert, *Le concept de droit*, Fransızca tercüme, Brüksel, FUSL, 1976.

Jestaz Philippe, *Le droit*, Paris, Dalloz, 4. baskı, 2002.

Kalinowski Georges, *Querelle de la science normative, une contribution à la théorie de la science*, Paris, LGDJ, 1969.

Kelsen Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat* (1. baskı 1945), Fransızca tercüme, Paris, LGDJ, 1997.

– *Théorie pure du droit*, 2. baskı (1. baskı 1960), Fransızca tercüme: Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962; yeni baskı LGDJ, 1999.

MacCormick Neil, Weinberger Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Fransızca tercüme, Paris, LGDJ, 1992.

Mathieu-Izorche Marie-Laure, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001.

Renaut Alain, Sosoe Lucas, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

Perelman Chaïm, *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1968.

Ross Alf, *Introduction à l'empirisme juridique*, Fransızca tercüme, Paris, LGDJ, 2002.

Terré François, *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999.

Troper Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.

– *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001.

Villa Vittorio, *La science du droit*, Fransızca tercüme, Paris, LGDJ, 1991.

Villey Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968.

– *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2 cilt, 1984.

Yabancı dilde eserler

Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, Barselona, Barcanova, 1985.

Barberis Mauro, *Introduzione allo Studio della Filosofia del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1993.

Cotterrell Roger, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londra, Butterworths, 1989.

Pinch John D., *Introduction to Legal Theory*, Londra, Sweet & Maxwell, 1970.

Golding Martin, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1975.

Guastini Riccardo, *Dalle Fonti alle norme* (1990), Torino, Giappichelli, 2.baskı, 1992.

Herget James, *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.

Nino Carlos, *Introducción al analisis del derecho*, Barselona, Ariel, 1994, İtalyanca tercümesi: *Introduzione all'analisi del diritto, Torino*, Giappichelli, 1996.

Patterson Dennis (yay. haz.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996.

Seelman Kurt, *Rechtsphilosophie*, Münih, Beck, 1994.

Van Hoecke Mark, *What is Legal Theory*, Leuven, Acco, 1985.

HUKUK FELSEFESİ

MICHEL TROPER

Türkçesi: IŞIK ERGÜDEN

HUKUK KONUSUNDA YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUKİ UYGULAMALARLA YANITLANMASI MÜMKÜN GÖRÜNMEYEN BAZI SORULAR OLDUĞU BİR GERÇEKTİR. HUKUKÇULARIN DA FELSEFECİLERİN DE GÖZ ARDI EDEMEYECEĞİ BU TEMEL UNSURLAR HUKUK FELSEFESİNİN KONUSUNU OLUŞTURUR. HUKUK KAVRAMININ TANIMINI DA İÇEREN BU BAŞAT TARTIŞMA KONULARI, HUKUKUN İKTİDARLA OLAN İLİŞKİSİNİ, BİR HUKUK BİLİMİNİN OLANAKLI OLUP OLMADIĞINI, HUKUKÇULAR TARAFINDAN KULLANILAN KAVRAMLARIN NİTELİĞİNİ VE YÜRÜRLÜKTEKİ UYGULAMALARIN EVRENSELLİK İDDİALARINI DA KAPSAMINA ALIR. ELİNİZDEKİ ÇALIŞMA, TÜM BU TARTIŞMA ALANLARI İÇİN BİR ÇIKIŞ NOKTASI OLMA ÖZELLİĞİNİ TAŞIYOR.

Kültür Kitaplığı: 111; Felsefe: 24





D